الاختيار

لتعليل المختار

تأليف

عبد الله بن محمود بن مودود

الموصلي الحنفي

وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم

الشيخ محمود أبو دقيقة

من أكابر علماء الحنفية والمدرس بكلية أصول الدين سابقا

الجزء الثاني

مقرر تدريسه لطلبة السنة الثانية الثانوية بالجامعة الأزهرية

دار الكتب العلمية

بيروت — لبنان

يطلب من: دار الكتب العلمية بيروت. لبنان
هاتف: ٣٦٦١٣٥
ص.ب: ١١/٩٤٢٤ تلكس: Nasher 41245 Le

مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْراً يُفَقِّهْهُ فى الدِّينِ

(حديث شريف)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

البيع فى اللغة : مطلق المبادلة ، وكذلك الشراء ، سواء كانت فى مال أو غيره . قال الله تبارك وتعالى ـ إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم ـ وقال تعالى ـ أُلئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى والعذاب بالمغفرة ـ . وفى الشرع : مبادلة المال المتقوّم بالمال المتقوّم تمليكا وتملكا (١) ، فان وجد تمليك المال بالمنافع فهو إجارة أو نكاح ، وإن وجد مجانا فهو هبة ، وهو عقد مشروع ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة والمعقول . أما الكتاب فقوله تعالى ـ وأحلّ الله البيع ـ وقال ـ إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم . ـ وأما السنة فلأنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فأقرّهم عليه ، وقد باع عليه الصلاة والسلام واشترى مباشرة وتوكيلا ، وعلى شرعيته الإجماع . والمعقول وهو أن الحاجة ماسة إلى شرعيته ، فان الناس محتاجون إلى الأعواض والسلع والطعام والشراب الذى فى أيدى بعضهم ولا طريق لهم إلا البيع والشراء ، فان ما جبلت عليه الطباع من الشحّ والضنة وحبّ المال يمنعهم من إخراجه بغير عوض ، فاحتاجوا إلى المعاوضة فوجب أن يشرع دفعا لحاجته .

---

(١) ولم يذكر المصنف بتراض ليشمل التعريف ما لايكون بتراض كبيع المكره فانه ينعقد ، ويمكن الجمع بين قول من ترك هذا القيد ومن ذكره ، بأن من ذكره أراد تعريف البيع النافذ ، ومن تركه أراد تعريف البيع مطلقا .

البَيْعُ يَنْعَقِدُ بالإيجابِ والقَبُولِ بِلَفْظَيِ المَاضِي كَقَوْلِهِ : بِعْتُ وَاشْتَرَيْتُ وَبِكُلِّ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلى مَعْناهُما وَبالتَّعاطِي (ف) . وَإِذَا أَوْجَبَ أحَدُهُما البَيْعَ فالآخَرُ إِنْ شاءَ قَبِلَ وَإِنْ شاءَ رَدَّ ، وأَيُّهُما قامَ قَبْلَ القَبُولِ بَطَلَ الإِيجابُ ،

وركنه الإيجاب والقبول لأنهما يدلان على الرضا الذى تعلق به الحكم ، وكذا ماكان فى معناهما . وشرطه : أهلية المتعاقدين حتى لاينعقد من غير أهل . ومحله : المال لأنه ينبئ عنه شرعا . وحكمه : ثبوت الملك للمشترى فىالمبيع والبائع فى الثمن إذا كان باتا ، وعند الإجازة إذا كان موقوفا .

قال (البيع ينعقد بالإيجاب (١) والقبول بلفظى الماضى كقوله : بعت واشتريت) لأنه إنشاء ، والشرع قد اعتبر الإخبار إنشاء فى جميع العقود فينعقد به ، ولأن الماضى إيجاب وقطع ، والمستقبل عدة أو أمر وتوكيل ، فلهذا انعقد بالماضى . قال (وبكل لفظ يدل على معناهما) كقوله أعطيتك بكذا ، أوخذه بكذا ، أو ملكتك بكذا ، فقال : أخذت ، أو قبلت ، أو رضيت ، أو أمضيت ، لأنه يدل على معنى القبول والرضى ، والعبرة للمعانى . وكذلك لو قال المشترى : اشتريت بكذا ، فقال البائع : رضيت، أو أمضيت ، أو أجزت لما ذكرنا . قال (وبالتعاطى) فى الأشياء الخسيسة والنفيسة ، نص عليه محمد لأنه يدل على الرضا المقصود من الإيجاب والقبول . وذكر الكرخى أنه ينعقد بالتعاطى فى الأشياء الخسيسة فيما جرت به العادة ، ولا ينعقد فيما لم تجر به العادة ؛ولو قال بعنى ، فقال بعت ، أو قال اشتر منى ، فقال اشتريت ، لاينعقد حتى يقول اشتريت أو بعت ، لأن قوله بعنى واشتر ليس بايجاب وإنما هو أمر ، فاذا قال بعت أو اشتريت. فقد وجد شطر العقد ، فلا بد من وجود الآخر ليتم . وقيل إذا نوى الإيجاب فى الحال انعقد البيع وإلا فلا ، وعلى هذا أبيعك هذا العبد أو أعطيكه ، فيقول الآخر أشتريه أوأقبله أو آخذه إن نوى الأصح وإلا فلا . قال (وإذا أوجب أحدهما البيع فالآخر إن شاء قبل وإن شاء رد) لأنه مخير غير مجبر فيختار أيهما شاء ، وهذا خيار القبول ، ويمتد فى المجلس للحاجة إلى التفكر والتروى والمجلس جامع للمتفرقات ، ويبطل بما يبطل به خيار المخيرة لأنه يدل على الإعراض ، وللموجب الرجوع لعدم إبطال حق الغير ، وليس للمشترى القبول فى البعض ، لأنه تفريق الصفقة وأنه ضرر بالبائع ، فان من عادة التجار ضم الردىء إلى الجيد فى البيع لترويج الردىء ، فلو صح التفريق يزول الجيد عن ملكه فيبقى الردىء فيتضرر بذلك ، وكذلك المشترى يرغب فى الجميع ، فاذا فرق البائع الصفقة عليه يتضرر (وأيهما قام قبل القبول بطل الإيجاب) لأنه يدل على الإعراض وعدم الرضا وله ذلك

---

(١) وهو فى اللغة : الإثبات ، وفى الفقه : ما يذكر أولا من كلام المتعاقدين لأنه يثبت خيار القبول للآخر ، ذكره الشمنى . والقبول : ما يذكر آخرا .

فاذَا وُجِدَ الإِيجابُ وَالقَبُولُ لَزِمَهُما البَيْعُ بِلا خِيارِ مَجْلِسٍ (ف) ، وَلا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ المَبِيعِ مَعْرِفَةً نافِيَةً لِلجَهالَةِ ، وَلا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ مِقْدارِ الثَّمَنِ وَصِفَتِهِ إذَا كانَ فى الذِّمَّةِ ، وَمَنْ أَطْلَقَ الثَّمَنَ فَهُوَ عَلى غالِبِ نَقْدِ البَلَدِ . وَيَجُوزُ بَيْعُ الكَيْلِيِّ وَالوَزْنِيِّ كَيْلاً وَوَزْنا وَمُجازَفَةً ؛ وَمَنْ باعَ صُبْرَةَ طَعامٍ كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ جازَ فى قَفِيزٍ وَاحِدٍ (سم) ،

وشطر العقد لا يتوقف على قبول الغائب كمن قال : بعت من فلان الغائب فبلغه فقبل لا ينعقد إلا إذا كان بكتابة أو رسالة ، فيعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة ، وعلى هذا الإجارة والهبة والكتابة والنكاح ؛ ولو تبايعا وهما يمشيان أو يسيران إن لم يفصلا بين كلاميهما بسكتة انعقد البيع ، وإن فصلا لم ينعقد ؛ وقال بعضهم : ينعقد ما لم يتفرّقا بالأبدان ، والأول أصح . قال (فإذا وجد الإيجاب والقبول لزمهما البيع بلا خيار مجلس) لأن العقد تمّ بالايجاب والقبول لوجود ركنه وشرائطه ، فخيار أحدهما الفسخ إضرارا بالآخر لما فيه من إبطال حقه ، والنص ينفيه ؛ وما روى من الحديث محمول على خيار القبول ، هكذا قاله النخعي لأن قوله المتبايعان يقتضي حالة المباشرة ، وقوله مالم يتفرقا : أى بالأقوال لأنه يحتمله فيحمل عليه توفيقا . قال (ولا بدّ من معرفة المبيع معرفة نافية للجهالة) قطعا للمنازعة ، فإن كان حاضرا فيكتفى بالمباشرة ، لأنها موجبة للتعريف قاطعة للمنازعة . وإن كان غائبا ، فان كان مما يعرف بالأنموذج كالكيلي والوزنى والعددى المتقارب فرؤية الأنموذج كرؤية الجميع ، إلا أن يختلف فيكون له خيار العيب ، فان كان مما لايعرف بالأنموذج كالثياب والحيوان فيذكر له جميع الأوصاف قطعا للمنازعة ويكون له خيار الرؤية . قال (ولا بدّ من معرفة مقدار الثمن وصفته إذا كان فى الذمة) قطعا للمنازعة إلا إذا لم يكن فى البلد نقود لتعينه (ومن أطلق الثمن فهو على غالب نقد البلد) للتعارف . ولو قال : اشتريت هذا الدار بعشرة ، أو هذا الثوب بعشرة ، أو هذا البطيخ بعشرة وهو فى بلد يتعامل الناس بالدنانير والدراهم والفلوس ، انصرف فى الدار إلى الدنانير ، وفى الثوب إلى الدراهم ، وفى البطيخ إلى الفلوس بدلالة العرف ، وإن لم يتعاملوا بها ينصرف إلى المعتاد عندهم . قال (ويجوز بيع الكيلي والوزنى كيلا ووزنا ومجازفة) ومراده عند اختلاف الجنس ، لقوله عليه الصلاة والسلام « فاذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » ولأنه لا ربا إلا عند المقابلة بالجنس ، لأنه لا تتحقق الزيادة إلا فيه . قال (ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز فى قفيز واحد) عند أبى حنيفة إلا أن يعرف جملة قفزانها ، إما بالتسمية أو بالكيل فى المجلس . وقالا : يجوز فى الكلّ لأن زوال الجهالة بيدهما ولاتفضى إلى المنازعة . وله أنه تعذر الصرف إلى الجميع للجهالة فى المبيع والثمن فيصرف إلى الأقلّ .

وَمَنْ باعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلَّ شاةٍ بِدِرْهَمٍ لَمْ يَجُزْ فى شَىْءٍ مِنها (سم ف) ، وَالثِّيابُ كالغَنَمِ ، فإنْ سَمَّى جُمْلَةَ القُفْزَانِ وَالذُّرْعانِ وَالغَنَمِ جازَ فى الجَمِيعِ ؛ وَمَنْ باعَ دَارًا دَخَلَ مَفاتِيحُها وَبِناؤُها فى البَيْعِ ، وكذلكَ الشَّجَرُ فى بَيْعِ الأرْضِ وَيَجُوزُ بَيْعُ الثَّمَرَةِ قَبْلَ صَلاحِها ،

وهو الواحد لأنه معلوم . فاذا زالت الجهالة جاز فى الجميع لزوال المانع ، وإذا جاز البيع فى الواحد يثبت للمشترى الخيار لتفرق الصفقة . قال (ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم لم يجز فى شىء منها والثياب) والمعدود المتفاوت (كالغنم) وعندهما يجوز فى الكل لما مرّ . وله أن قضية ما ذكرنا الجواز فى واحد ، غير أن الواحد فى هذه الأشياء يتفاوت فيؤدى إلى المنازعة فصار كالمجهول فلا يجوز . قال (فإن سمى جملة القفزان والذرعان والغنم جاز فى الجميع) لانتفاء الجهالة وزوال المانع . قال (ومن باع دارا دخل مفاتيحها وبناؤها فى البيع) لأن المفاتيح تبع للأبواب ، والأبواب متصلة بالبناء للبقاء ، والبناء متصل بالعرصة اتصال قرار ، فصارت كالجزء منها فتدخل فى البيع ، ولأن الدار اسم للعرصة والبناء فيدخل فى بيع الدار (وكذلك الشجر فى بيع الأرض) لأن اتصاله كاتصال البناء بخلاف الزرع والثمرة ، لأن اتصالهما ليس للقرار فصار كالمتاع ، ويقال للبائع : اقطع الثمرة واقلع الزرع وسلم المبيع ، لأنه يجب عليه تسليم المبيع إلى المشترى عملا بمقتضى البيع ، ولا يمكن ذلك إلا بالتفريق فيجب عليه ذلك ، ولو شرطهما دخلا فى البيع عملا بالشرط . قال عليه الصلاة والسلام « من اشترى نخلا أو شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع » ولو اشترى دارا وذكر حدودها دخل السفل والعلو والاصطبل والكنيف والأشجار ، لأن الدار اسم لما أدير عليه الحدود ، وأنه يدور على جميع ما ذكرنا ؛ والبستان إذا كان خارج الدار إن كان أصغر منها دخل لأنه من توابع الدار عرفا ، وإن كان مثلها أو أكبر لايدخل إلا بالشرط لخروجه عن الحدود ؛ وتدخل الظلة عندهما إذا كان مفتحها إليها ، لأنها تعد من الدار عرفا . وعند أبى حنيفة لاتدخل ، لأن أحد طرفيها على حائط الدار فيتبعها ، والطرف الآخر على دار أخرى أو على أسطوانة فلا تتبعها ، فلا تدخل بالشك حتى تذكر الحقوق ، والظلة : هى التى على ظهر الطريق وهو الساباط ، ويدخل الطريق إلى السكة لأنه لابد منه . ولو اشترى منزلا فوقه منزل لايدخل إلا أن تذكر الحقوق او كل قليل وكثير ، لأن المنزل اسم لما يشتمل عليه مرافق السكنى . لأنه من النزول وهو السكنى ، والعلوّ مثل السفل فى السكنى من وجه دون وجه ، فيكون تبعا من وجه أصلا من وجه ، فان ذكر الحقوق دخل وإلا فلا . ولو اشترى بيتا لايدخل العلوّ وإن ذكر الحقوق حتى ينصّ عليه ، لأن البيت ما يبات فيه ، وعلوّه مثله فى البيتوتة فلا يدخل فيه إلا بالشرط . قال (ويجوز بيع الثمرة قبل صلاحها) والمراد إذا كانت ينتفع

وَيجِبُ قَطْعُها لِلْحالِ ، وَإِنْ شَرَطَ تَرْكَهَا عَلَى الشَّجَرِ فَسَدَ البَيْعُ . وَلا يَجوزَ أَنْ يَبيعَ ثَمَرَةً ، وَيَسْتَثْنِيَ مِنْها أَرْطالاً مَعْلُومَةً . وَيَجُوزُ بَيْعُ الحِنْطَةِ فى سُنْبُلِها ، وَالباقِلاءِ فى قِشْرِهِ وَيَجُوزُ بَيْعُ الطَّرِيقِ وَهِبَتُهُ ، وَلا يَجُوزُ ذلكَ فى المَسِيلِ .

بها للأكل أو العلف لأنه مال متقوّم منتفع به ؛ أما إذا لم يكن منتفعا بها لايجوز لأنه ليس بمال متقوّم (ويجب قطعها للحال) ليتفرغ ملك البائع (وإن شرط تركها على الشجر فسد البيع) لأنه إعارة أو إجارة فى البيع ، فيكون صفقتين فى صفقة وأنه منهى عنه ، وكذا الزرع فى الأرض ؛ وإن تركها بأمره بغير شرط جاز وطاب الفضل ، وإن كان بغير أمره تصدق بالفضل لحصوله بأمر محظور ؛ وإن استأجر الشجر طاب له الفضل لوجود الإذن ، وبطلت الإجارة لأنه غير معتاد ؛ وكذا إذا اشتراها بعد ما تناهى عظمها يجب القطع للحال لما قلنا ، فان تركها طاب الفضل ولم يتصدّق بشىء بكل حال لأنه لا زيادة وإنما هو تغير وصف ؛ فان شرط بقاءها على الشجر جاز عند محمد استحسانا للعرف ، بخلاف ما إذا لم تتناه فى العظم لأنه يزداد بعد ذلك فقد اشترط الجزء المعدوم فلا يجوز ؛ فان خرج بعض الثمرة أو خرج الكل لكن بعضه منتفع به لا يجوز البيع للجمع بين الموجود والمعدوم والمتقوّم وغير المتقوّم فتبقى حصة الموجود مجهولة ؛ وكان شمس الأئمة الحلوانى والإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخارى يفتيان بجوازه فى الثمار والباذنجان ونحوهما ، جعلا المعدوم تبعا للموجود للتعامل دفعا للحرج بالخروج عن العادة ، وعن محمد الجواز فى بيع الورد لأنه متلاحق . قال شمس الأئمة السرخسى : والأول أصحّ إذ لا ضرورة فى ذلك لأنه يمكنه أنه يشترى أصولها أو يشترى الموجود بجميع الثمن ويحلّ له البائع ما يحدث ، ولو اشتراها مطلقا وأثمر ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لتعذر التمييز قبل التسليم ، وإن أثمرت بعد القبض يشتركان ، والقول للمشترى فى قدره لأنه فى يده وهو منكر . قال (ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثنى منها أرطالا معلومة) لجهالة الباقى ، وقيل يجوز لجواز بيعه ابتداء ؛ والأصل أن ما جاز بيعه ابتداء يجوز استثناؤه كبيع صبرة إلا قفيزا وقفيز من صبرة ، بخلاف الحمل وأطراف الحيوان حيث لايجوز استثناؤه لأنه لا يجوز بيعه ابتداء . قال (ويجوز بيع الحنطة فى سنبلها والباقلاء فى قشره) وكذا السمسم والأرز والجوز واللوز لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السنبل حتى يبيضّ ويأمن العاهة ، ولأنه مال منتفع به فيجوز بيعه وعلى البائع تخليصه بالدياس والتذرية ، وكذا قطن فى فراش وعلى البائع فتقه لأن عليه تسليمه . أما جذاذ الثمرة وقطع الرطبة وقلع الجذور والبصل وأمثاله على المشترى لأنه يعمل فى ملكه وللعرف . قال (ويجوز بيع الطريق وهبته ، ولا يجوز ذلك فى المسيل) لأن الطريق موضع من الأرض معلوم

وَمَنْ باعَ سِلْعَةً بِثَمَنٍ سَلَّمَهُ أَوَّلاً ، إلاَّ أَنْ يَكُونَ مُؤَجَّلاً ؛ وَإِنْ باعَ سِلْعَةً بِسِلْعَةٍ أَوْ ثَمَنا بِثَمَنٍ سَلَّما مَعا ، وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الْمَنْقُولِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَيَجُوزُ بَيْعُ الْعَقارِ قَبْلَ الْقَبْضِ (م) ، وَيَجُوزُ التَّصَرفُ فِى الثَّمَنِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَتَجُوزُ الزِيادَةُ فى الثَّمَنِ (ز) وَالسِّلْعَةِ (ز) وَالْحَطُّ مِنَ الثَّمَنِ ، وَيَلْتَحِقُ (ز) بِأَصْلِ العَقْدِ ؛ وَمَنْ باعَ بِثَمَنٍ حالٍّ ثُمَّ أَجَّلَهُ صَحَّ ،

الطول والعرض فيجوز ؛ والمسيل : موضع جريان الماء وهو مجهول لأنه يقلّ ويكثر . قال (ومن باع سلعة بثمن سلمه أوّلا) تحقيقا للمساواة بين المتعاقدين ، لأن البيع يتعين بالتعيين ، والثمن لايتعين إلا بالقبض ، فلهذا اشترط تسليمه (إلا أن يكون موجلا) لأنه أسقط حقه بالتأجيل ولا يسقط حق الآخر (وإن باع سلعة بسلعة أو ثمنا بثمن سلما معا) تسوية بينهما . قال (ولا يجوز بيع المنقول قبل القبض) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض ، ولأنه عساه يهلك فينفسخ البيع فيكون غررا ، وكذا كل ما ينفسخ العقد بهلاكه كبدل الصلح والإجارة لما ذكرنا ، وما لاينفسخ العقد بهلاكه يجوز التصرّف فيه قبل القبض كالمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد لأنه لاغرر فيه . قال (ويجوز بيع العقار قبل القبض) وقال محمد : لايجوز لإطلاق ما روينا وقياسا على المنقول . ولهما أن المبيع هو العرصة ، وهى مأمونة الهلاك غالبا فلا يتعلق به غرر الانفساخ حتى لوكانت على شاطئ البحر ، أو كان المبيع علوّا لايجوز بيعه قبل القبض ؛ والمراد بالحديث النقلى ، لأن القبض الحقيقى إنما يتصوّر فيه وعملا بدلائل الجواز ، ثم إن كان نقد الثمن فى البيع الأوّل فالثانى نافذ وإلا فموقوف كبيع المرهون والإجارة على هذا الاختلاف . وقيل لايجوز بالاتفاق لأن المعقود عليه المنافع ، وهلاكها غير نادر بهلاك البناء . قال (ويجوز التصرّف فى الثمن قبل قبضه) لقيام الملك ، ولا يتعين بالتعيين ولا يكون فيه غرر الانفساخ . قال (وتجوز الزيادة فى الثمن والسلعة ، والحط من الثمن ويلتحق بأصل العقد) وقال زفر : هى مبتدأة لأنه لايمكن جعله ثمنا ومثمنا ، لأنه يصير ملكه عوض ملكه فجعلناه هبة مبتدأة . ولنا أن بالزيادة والحط غيرا وصف العقد من الربح إلى الخسران أو بالعكس ، وهما يملكان إبطاله فيملكان تغييره ، ولا بد فى الزيادة من القبول فى المجلس لأنها تمليك ، ولا بد أن يكون المعقود عليه قائما قابلا للتصرّف ابتداء حتى لاتصحّ الزيادة فى الثمن بعد هلاكه ، ويصح الحطّ بعد هلاك المبيع لأنه إسقاط محض والزيادة إثبات ، ولو حطّ بعض الثمن والمبيع قائم التحق بأصل العقد ، وإن حطّ الجميع لم يلتحق لأنه يصير الثمن كأن لم يكن فيبطل الحطّ ، وإذا صحت الزيادة يصير لها حصة من الثمن فيظهر ذلك فى المرابحة والتولية ؛ ولو هلكت قبل القبض سقط حصتها من الثمن . قال (ومن باع بثمن حالّ ثم أجله صح)

وَمَنْ مَلَكَ جارِيَةً يَحْرُمُ عَلَيْهِ وَطْؤُها وَدَوَاعِيهِ حَتَّى يَسْتَبْرِئَها بِحَيْضَةٍ أَوْ شَهْرٍ أَوْ وَضْعِ حَمْلٍ ؛ وَيَجُوزُ بَيْعُ الكَلْبِ وَالفَهْدِ وَالسِّباعِ مُعَلَّما كانَ أَوْ غَيْرَ مُعَلَّمٍ ،

لأنه حقه ؛ ألا ترى أنه يملك إسقاطه فيملك تأجيله ؟ وكل دين حال يصح تأجيله لما ذكرنا إلا القرض لأنه صلة ابتداء حتى لايجوز ممن لايملك التبرعات ، والتأجيل فى التبرعات غير لازم كالإعارة معاوضة انتهاء ، ولا يجوز التأجيل فيه لأنه يصير بيع الدرهم بالدرهم نسيئة وأنه حرام . قال (ومن ملك جارية يحرم عليه وطؤها ودواعيه حتى يستبرئها بحيضة أو شهر أو وضع حمل) وأصله قوله عليه الصلاة والسلام فى سبايا أوطاس « ألا لاتوطأ الحبالى حتى يضعن ، ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضة » نهى عن وطء المملوكات بالسبي إلى غاية الاستبراء ، فيتعلق الحكم به عند تجدد الملك بأى سبب كان كالشراء والهبة والوصية والميراث ونحوها ، والشهر كالحيضة عند عدمها لما عرف ؛ وإن حاضت فى أثناء الشهر انتقل إلى الحيضة كما فى العدة ؛ والمعتبر ما يوجد بعد القبض حتى لو حاضت أو وضعت قبل القبض يجب الاستبراء ، وكما يحرم الوطء يحرم دواعيه احترازا عن الوقوع فيه كما فى العدة ، بخلاف الحيض لأن الحرمة للأذى ولا أذى فى الدواعى ؛ ومن وطئ جاريته ثم أراد أن يبيعها أو يزوجها يستحب له أن يستبرئها ، وإن لم يستبرئها فالأحسن للزوج أن يستبرئها . وأما ممتدة الطهر ، قال أبو حنيفة : لايطؤها حتى تتيقن بعدم الحمل ، وروى عنه سنتان وهو الأحوط وهو قول زفر ، لأن الولد لايبقى أكثر من سنتين على ما عرف . وعنه أربعة أشهر وعشرة أيام ، وهو قول محمد لأنها عدة الوفاة للحرة تعرف بها براءة الرحم . وعن محمد شهران وخمسة أيام لأنه عدة الأمة ، وعن أبى حنيفة ، وهو قول أبى يوسف ثلاثة أشهر لأنها تعرف براءة الرحم فى حق الآيسة والصغيرة . وعند الشافعى أربع سنين لأنه أكثر مدة الحمل عنده . وقال أبو مطيع البلخى (١) : تسعة أشهر لأنه المعتاد فى مدة الحمل ؛ ويجب الاستبراء إذا حدث له ملك الاستمتاع بملك اليمين ، سواء وطئها البائع أولا ، أوكان بائعها ممن لايطأ كالمرأة والصغير والأخ من الرضاع ، وكذا إن كانت بكرا . وعن أبى يوسف أنه لااستبراء فى هذه الصورة ، وهو قول مالك ، وعلى هذا الخلاف إذا حاضت فى يد البائع بعد البيع قبل القبض لأن الاستبراء للتعرف على براءة الرحم وهى ثابتة فى هذه الصور ظاهرا . وجه الأول أن سبب الاستبراء الإقدام على الوطء فى ملك متجدد بملك اليمين ، وحكمته التعرف عن براءة الرحم ، والحكم يدار على السبب لاعلى الحكمة ؛ ولو اشترى امرأته فلا استبراء لأنه لايجب صيانة مائه عن مائه . قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع معلما كان أو غير معلم) لأنه حيوان منتفع به حراسة واصطيادا

---

(١) هو من أصحاب الإمام أبى حنيفة ، وروى عنه الفقه الأكبر .

وأهلُ الذِّمَّةِ فى البَيْعِ كالمُسْلِمِينَ ، ويَجُوزُ لَهُمْ بَيْعُ الخَمْرِ والخِنْزِيرِ ؛ ويَجُوزُ بَيْعُ الأخْرَسِ ، وسَائِرُ عُقُودِهِ بالإشارَةِ المَفْهُومَةِ ؛ ويَجُوزُ بَيْعُ الأعْمَى وشِراؤُهُ ، ويَثْبُتُ لَهُ خِيارُ الرُّؤْيَةِ ، ويَسْقُطُ خِيارُهُ بِجَسِّ المَبِيعِ أوْ بِشَمِّهِ أوْ بذَوْقِهِ ، وفى العَقارِ بوَصْفِهِ .

فيجوز ولهذا ينتقل إلى ملك الموصى له والوارث ، بخلاف الحشرات كالحية والعقرب والضبّ والقنفذ ونحوها ، لأنه لاينتفع بها . وعن أبى يوسف أنه لايجوز بيع الكلب العقور لأنه ممنوع عن إمساكه مأمور بقتله ؛ ويجوز بيع الفيل . وفى بيع القرد روايتان عن أبى حنيفة ، والأصحّ الجواز لأنه ينتفع بجلده . وعن أبى حنيفة جواز بيع الحىّ من السرطان والسلحفاة والضفدع دون الميت منه ؛ ويجوز بيع العلق لحاجة الناس إليه . قال (وأهل الذمة فى البيع كالمسلمين) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا قبلوا الجزية فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين ، وعليهم ما على المسلمين » (ويجوز لهم بيع الخمر والخنزير) لأنه من أعزّ الأموال عندهم ، وقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون ، يؤيده قول عمر رضى الله عنه : ولو هم بيعها . قال (ويجوز بيع الأخرس ، وسائر عقوده بالإشارة المفهومة) ويقتصّ منه وله ، ولا يحدّ للقذف ولا يحدّ له ، وكذلك إذا كان يكتب ، لأن الكتابة من الغائب كالخطاب من الحاضر والنبىّ عليه الصلاة والسلام أمر بتبليغ الرسالة ، وقد بلغ البعض بالكتاب ، وإنما جاز ذلك لمكان العجز ، والعجز فى الأخرس أظهر ، ولا يجوز ذلك فيمن اعتقل لسانه أو صمت يوما ، لأن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة ومعلومة ، فمن كان كذلك فهو بمنزلة الأخرس بخلاف الحدود لأنها تندرئ بالشبهات . قال (ويجوز بيع الأعمى وشراؤه) لأن الناس تعاهدوا ذلك من لدن الصدر الأوّل إلى يومنا هذا ، ومن الصحابة من عمى وكان يتولى ذلك من غير نكير . والأصل فيه حديث حبان بن منقذ ، وهو ما رواه عمر رضى الله عنه أن النبىّ صلى الله عليه وسلم قال « إذا ابتعت فقل لاخلابة (١) ولى الخيار ثلاثة أيام » وكان أعمى ذكره الدارقطنى . ولأن من جاز له التوكيل جاز له المباشرة كالبصير (ويثبت له خيار الرؤية) لأنه اشترى مالم يره على ما يأتى إن شاء الله تعالى (ويسقط خياره بجس المبيع أو بشمه أو بذوقه ، وفى العقار بوصفه) وفى الثوب بذكر طوله وعرضه لأنه يحصل له بذلك العلم بالمشترى كالنظر من البصير وبل أكثر ؛ ولو وصف له العقار ثم أبصر لاخيار له ؛ ولو اشترى البصير مالم يره ثم عمى فهو كالأعمى عند العقد .

---

(١) قوله لاخلابة : أى لاخديعة .

فصـــل

الإقالَـةُ جائِـزَةٌ ، وتَتَـوَقَّـفُ عـلى القَبُـولِ فى المَجْلِسِ ، وَهِـيَ فَسْخٌ فى حَقِّ المُتَعاقِدَيْنِ (سم) بَيْعٌ جَدِيدٌ فى حَقِّ ثالِثٍ (ز) ؛

فصـــل

(الإقالة جائزة) لقوله عليه الصلاة والسلام « من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة » ولأن للناس حاجة إليها كحاجتهم إلى البيع فتشرع ، ولأنها ترفع العقد فصارت كالطلاق مع النكاح (وتتوقف على القبول فى المجلس) لأنها بمنزلة البيع لما فيها من معنى التمليك ، وتصح بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل لأنها لايحضرها السوم غالبا كالنكاح . وقال محمد : لابد من لفظين ماضيين لأنها تمليك بعوض كالبيع ، وجوابه ما مرّ ، ولا تصح إلا بلفظ الإقالة ، فلو تقايلا بلفظ البيع كان بيعا بالإجماع ، لأن الإقالة تنبئ عن الرفع والبيع عن الإثبات فتتنافيا ؛ ولا تبطل بالشروط الفاسدة عند أبى حنيفة ، وتبطل عند أبى يوسف . قال (وهى فسخ فى حقّ المتعاقدين بيع جديد فى حقّ ثالث) عند أبى حنيفة ، فان تعذر جعلها فسخا بطلت . وقال أبو يوسف : بيع جديد فى حقّ الكل ، فإن تعذر ففسخ ، فان لم يمكن بطل.وقال محمد: فسخ ، فان تعذر فبيع ، فان لم يمكن بطل . وقال زفر : فسخ فى حقّ المتعاقدين وغيرهما ، وصورته : لو تقايلا قبل القبض فهو فسخ بالإجماع ، ويبطل شرط الزيادة والنقصان ، أما عندهما فظاهر ، وكذا عند أبى يوسف لأنه تعذّر جعله بيعا إلا فى العقار حيث يجوز بيعه قبل القبض عنده . ولو تقايلا بعد القبض فهو فسخ عند أبى حنيفة ، ويلزمه الثمن الأوّل جنسا ووصفا وقدرا ، ويبطل ما شرطه من الزيادة والنقصان والتأجيل والتغيير ، لأن الإقالة رفع فيقتضى رفع الموجود ، والزيادة لم تكن فلا ترفع إلا إذا حدث بالمبيع عيب ، فيجوز بأقلّ من الثمن الأوّل ، لأن النقصان فى مقابلة العيب ، ولو حدثت الزيادة فى المبيع كالولد ونحوه بعد القبض بطلت الإقالة عنده لتعذر الفسخ بسبب الزيادة ، وعند أبى يوسف الإقالة جائزة بما سميا كالبيع الجديد ، وحدوث الزيادة بعد القبض لايمنع ذلك . وعند محمد إن سكت أو سمى الثمن الأوّل أو أقلّ أو دخله عيب فهو فسخ ، أما إذا سمى الأقلّ فلأنه سكوت عن البعض ، ولو سكت عن الكلّ كان فسخا فكذا عن البعض ، وأما إذا ذكر الثمن الأوّل فظاهر ، وأما إذا دخله عيب فلما مرّ ، وإن سميا أكثر أو خلاف الجنس أو حدثت الزيادة فهو بيع جديد لتعذر الفسخ . وجه قول محمد أنه فسخ بصيغته ، لأن الإقالة تنبئ عن الرفع ، ومنه : أقلنى عثرتى بمعنى الرفع والإزالة ، وفيه معنى البيع لكونه مبادلة المال بالمال ، فاذا أمكن العمل بالصيغة يعمل بها

وَهَلاكُ المَبِيعِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الإقالَةِ ، وَهَلاكُ بَعْضِهِ يَمْنَعُ بِقَدْرِهِ ، وَهَلاكُ الثَّمَنِ لا يَمْنَعُ .

باب الخيارات

خِيارُ الشَّرْطِ جائِزٌ لِلْمُتَبايِعَيْنِ وَلِأَحَدِهِما ثَلاثَةَ أَيَّامٍ فَما دُونَها وَلا يَجُوزُ أَكْثَرَ مِنْ ذلِكَ (سم) ،

وإلا يعمل بالمعنى ، فاذا سكت أو سمى الثمن الأوّل أو أقلّ منه أو دخاه عيب فقد أمكن العمل بالصيغة لما بينا . ولأبى يوسف أنه بيع لأنه مبادلة المال بالمال عن تراض فيعمل به إلا إذا تعذر فيعمل بالصيغة ، وإنما يتعذر عنده فى الإقالة فى المنقول قبل القبض على ما تقدّم . ولأبى حنيفة أن الإقالة تنبئ عن الفسخ والإزالة لما بينا ، فلا تحتمل معنى آخر نفيا للاشتراك ، والأصل العمل بحقيقة اللفظ ، فاذا تعذر لايجعل بيعا مبتدأ لأنه ضد الرفع فيبطل . وأما كونه بيعا فى حقّ ثالث وهو الشفيع ، فصورته : باع دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايل البائع والمشترى ، فللشفيع الشفعة خلافا لزفر ، لأن ما هو فسخ فى حقهما فهو فسخ فى حقّ غيرهما كالردّ بخيار الشرط . وجوابه أن الإقالة نقل ملك بايجاب وقبول بعوض مالى وهو سبب وجوب الشفعة ، وهما عبرا عنه بالإقالة لإسقاط حقه ، ولا يملكان ذلك ، وكذا لو وهبه شيئا وقبضه فباعه الموهوب له ثم تقايلا ، ليس للواهب الرجوع ويصير الموهوب له كالمشترى . قال (وهلاك المبيع يمنع صحة الإقالة) لأن الفسخ يقتضى قيام البيع وهو ببقاء المبيع (وهلاك بعضه يمنع بقدره) لقيام البيع فى الباقى (وهلاك الثمن لايمنع) لقيام البيع بدونه ، وإن تقايضا فهلاك أحدهما لايمنع الإقالة ، لأن كل واحد منهما مبيع ، فيكون البيع قائما ، ويرد قيمة الهالك أو مثله ، لأنه إذا انفسخ فى الباقى ينفسخ فى الهالك ضرورة ، وقد عجز عن ردّه فيردّ عوضه ؛ ولو هلك العوضان لاتصحّ الإقالة وتصحّ لو هلك البدلان فى الصرف ، والفرق أن العقد يتعلق بالعين فى العروض دون الأثمان فكذا فى الإقالة ، والله أعلم .

باب الخيارات

(خيار الشرط جائز للمتبايعين ، ولأحدهما ثلاثة أيام فما دونها) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ وكان يخدع فى البياعات « إذا ابتعت فقل لاخلابة ، ولى الخيار ثلاثة أيام » (ولا يجوز أكثر من ذلك) وهو قول زفر ، وقالا : يجوز إذا ذكر مدّة معلومة ؛ لأن الخيار شرع نظرا للمتعاقدين للاحتراز عن الغبن والظلامة ، وقد لايحصل ذلك فى الثلاث فيكون مفوّضا إلى رأيه ، ومذهبهما منقول عن ابن عمر . ولأبى حنيفة أن

وَمَنْ لَهُ الخِيارُ لايَفْسَخُ إلاَّ بِحَضْرَةِ صَاحِبِهِ (س)، وَلَهُ أنْ يُجِيزَ بِحَضْرَتِهِ وَغَيْبَتِهِ، وَخِيارُ الشَّرْطِ لايُورَثُ؛ وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا عَلَى أنَّهُ خَبَّازٌ فَكانَ بِخِلافِهِ، فإنْ شاءَ أخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَإنْ شاءَ رَدَّهُ؛ وَخِيارُ البائِعِ لايُخْرِجُ المَبِيعَ عَنْ مِلْكِهِ، وَخِيارُ المُشْتَرِي يُخْرِجُهُ وَلايُدْخِلُهُ فِي مِلْكِهِ (سم)

الأصل ينفى جواز الشرط لما فيه من نفى ثبوت الملك الذى هو موجب العقد فلا يصحّ كسائر موجبات العقد، وكذلك النصّ ينفيه، وهو قوله عليه الصلاة والسلام لعتاب ابن أسيد حين بعثه إلى مكة «انههم عن بيع وشرط، وبيع وسلف». وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط، إلا أنا عدلنا عن هذه الأصول وقلنا بجوازه ثلاثة أيام لما روينا من حديث حبان، والحاجة إلى دفع الغبن تندفع بالثلاث فبقى ما وراءه على الأصل والحاجة للبائع والمشترى فثبت فى حقهما؛ ولو شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام أو لم يبين وقتا، أو ذكر وقتا مجهولا فأجاز فى الثلاث أو أسقطه، أو سقط بموته أو بموت العبد، أو أعتقه المشترى، أو أحدث فيه ما يوجب لزوم العقد ينقلب جائزا خلافا لزفر لأنه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا. ولأبى حنيفة أن المفسد لم يتصل بالعقد، لأن الفساد باليوم الرابع، حتى إن العقد إنما يفسد بمضىّ جزء من اليوم الرابع فيكون العقد صحيحا قبله، ولأنها مدّة ملحقة بالعقد مانعة من انبرامه فجاز أن ينبرم باسقاطه كالخيار الصحيح، وشرط خيار الأبد باطل بالإجماع. قال (ومن له الخيار لايفسخ إلا بحضرة صاحبه) أى بعلمه (وله أن يجيز بحضرته وغيبته) وقال أبو يوسف: يفسخ بغيبته أيضا، لأن الخيار أثبت له حقّ الإجازة والفسخ، فكما تجوز الإجازة مع غيبته فكذا الفسخ. ولهما أنه فسخ عقد فلا يصحّ من أحدهما كالإقالة، بخلاف الإجازة لأنها إبقاء حقّ الآخر فلا يحتاج إلى علمه، والفسخ إسقاط حقه فاحتاج إليه، فاذا فسخ بغيبته فعلم به فى المدّة تمّ الفسخ، وإن لم يعلم حتى مضت المدّة تمّ العقد. قال (وخيار الشرط لايورث) لأنه مشيئة وتروّ، وذلك لايتصوّر فيه الإرث لأنه لايقبل الانتقال. أما خيار العيب فلأن المشترى استحقّ المبيع سليما فينتقل إلى وارثه كذلك. وأما خيار التعيين فانه ثبت له ابتداء لاختلاط ملك المورث بملك الغير. قال (ومن اشترى عبدا على أنه خباز فكان بخلافه، فإن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ردّه) لأن هذا وصف والأوصاف لايقابلها شىء من الثمن فيأخذه بجميع الثمن، إلا أنه فاته وصف مرغوب فيه مستحقّ بالعقد، فبفواته يثبت له الخيار لأنه ما رضى بدونه كوصف السلامة، وعلى هذا اشتراط سائر الحرف. قال (وخيار البائع لايخرج المبيع عن ملكه، وخيار المشترى يخرجه ولا يدخله فى ملكه) اعلم أن البيع بشرط الخيار لاينعقد فى حقّ حكمه وهو ثبوت الملك، بل يتوقف ثبوت حكمه على سقوط

وَمَنْ شرط الخيارَ لِغَيْرِهِ جازَ (ز) وَيَثْبُتُ لَهُما ، وأيهما أجازَ جازَ وأيهما فَسَخَ انْفَسَخَ ،

الخيار ، لأنه بالخيار استثنى مباشرة العقد فى حقّ الحكم فامتنع حكمه إلى أن يسقط الخيار ، ثم الخيار إما أن يكون للبائع أو للمشترى أو لهما ، فان كان للبائع فلا يخرج المبيع عن ملكه لأنه إنما يخرج بالمراضاة ، ولا رضا مع الخيار حتى نفذ إعتاق البائع ، وليس للمشترى التصرّف فيه ، ولو قبضه المشترى وهلك فى يده فى مدة الخيار فعليه قيمته لأنه لم ينفذ البيع ، ولا نفاذ للتصرّف بدون الملك ، فصار كالمقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة ، ولو هلك فى يد البائع لاشىء على المشترى كالصحيح ، ويخرج الثمن من ملك المشترى بالإجماع ، ولا يدخل فى ملك البائع عند أبى حنيفة خلافا لهما ، وإن كان الخيار للمشترى يخرج المبيع عن ملك البائع ، لأن البيع لزم من جانبه ، ولا يدخل فى ملك المشترى عند أبى حنيفة ، وعندهما يدخل ، والثمن لايخرج من ملك المشترى بالإجماع ، ولا يملك البائع مطالبته قبل الثلاث . وجه قولهما فى الخلافيات أنه لما خرج المبيع عن ملك البائع وجب أن يدخل فى ملك المشترى لئلا يصير سائبة بغير مالك ولا نظير له فى الشرع . ولأبى حنيفة أن الخيار شرع للتروّى ، فلو دخل فى ملكه ربما فات ذلك بأن كان قريبا له فيعتق عليه ، ولأن الثمن لم يخرج عن ملكه ، فلو دخل المبيع فى ملكه اجتمع البدلان فى ملك واحد ولا نظير له فى الشرع ، وقضية المعاوضة المساواة ، ودخوله فى ملكه ينفيها ، وإن هلك فى يد المشترى هلك بالثمن ، وكذلك إن دخلها عيب لأن بالعيب يمتنع الردّ ، والهلاك لايخلو عن مقدمة عيب ، فيهلك بعد انبرام العقد فيلزمه الثمن ، ويعرف من هذين الفصلين الحكم فيما إذا كان الخيار لهما لمن يتأمله إن شاء الله تعالى . وثمرة الخلاف تظهر فى مسائل : منها لو كان المشترى قريبا له لم يعتق عنده ، ولو كانت زوجته لم ينفسخ النكاح خلافا لهما فيهما ، وإن وطئها لايبطل خياره ، لأنه وطئها بحكم النكاح ، إلا أن تكون بكرا أو نقصها الوطء ، وعندهما يبطل النكاح ، لأنه وطئها بملك اليمين ، ولو كانت جارية قد ولدت منه لاتصير أمّ ولد له عنده خلافا لهما ، ولو حاضت عنده فى مدّة الخيار ثم أجاز البيع لايجتزئ بتلك الحيضة عن الاستبراء عنده ، ولو ردّها لايجب على البائع الاستبراء عنده خلافا لهما فيهما ، ويبتنى على هذا الأصل مسائل كثيرة يعرفها من أتقن هذه الأصول . قال (ومن شرط الخيار لغيره جاز ويثبت لهما) والقياس أن لايجوز وهو قول زفر لأنه موجب العقد ، فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كالثمن . وجه الاستحسان أنه يثبت له ابتداء ثم للغير نيابة تصحيحا لتصرّفه (وأيهما أجاز جاز ، وأيهما فسخ انفسخ) فان أجاز أحدهما وفسخ الآخر فالحكم للأسبق ، وإن تكلما معا فالحكم للفسخ ، لأن الخيار شرع للفسخ فهو تصرّف فيما شرع

وَيَسْقُطُ الخِيارُ بِمُضِيِّ المُدَّةِ ، وَبِكُلِّ ما يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا كالرُكُوبِ وَالوَطْءِ وَالعِتْقِ وَنَحْوِهِ .

فصــل

وَمَنِ اشْتَرَى ما لَمْ يَرَهُ جازَ ، وَلَهُ خِيارُ الرُّؤْيَةِ ؛

لأجله فكان أولى ، وقيل تصرف المالك أولى كالموكل . قال (ويسقط الخيار بمضىّ المدّة وبكلّ ما يدلّ على الرضا كالركوب والوطء والعتق ونحوه) .

اعلم أن الخيار يسقط بثلاثة أشياء : أحدها الإسقاط صريحا كقوله : أسقطت الخيار أو أبطلته ، أو أجزت البيع ، أو رضيت به وما شابهه لأنه تصريح بالرضى فيبطل الخيار : الثانى الإسقاط دلالة ، وهو كل فعل يوجد ممن له الخيار لايحلّ لغير المالك لأنه رضى بالملك ، وذلك مثل الوطء واللمس والقبلة والنظر إلى الفرج بشهوة ، وإن فعله بغير شهوة لايكون رضى ، وكذلك النظر إلى سائر أعضائها ، لأنه يحتاج إليه للمعالجة وليعرف لينها وخشونتها ، ولو فعل البائع ذلك فهو فسخ لأنه لايحتاج إلى ذلك ، وكذلك الركوب لايجوز لغير المالك ، فان ركبها ليردّها أو ليسقيها أو ليشترى لها علفا فهو على خياره ، وكذلك إذا سكن الدار أو أسكنها لدليل الرضى ، ولو ركب أو لبس أو استخدم فهو على خياره لحاجته إلى ذلك للاختبار ، ولو أعاد ذلك بطل خياره لعدم حاجته إليه إلا فى العبد إذا استخدمه فى حاجة أخرى لما بينا ، وكذلك كل فعل لايثبت حكمه فى غير الملك كالعتق والتدبير والكتابة والبيع والإجارة والهبة مع القبض والرهن ، والعرض على البيع من هذا القبيل ، لأن كل ذلك يدلّ على الرضا بالملك . والثالث سقوط الخيار بطريق الضرورة كمضىّ مدة الخيار وموت من له الخيار ، فإن الخيار كان لهما فماتا تمّ العقد ، وإن مات أحدهما فالآخر على خياره ، ولو أغمى عليه أوجنّ أو نام أو سكر بحيث لايعلم حتى مضت المدة الصحيح أنه يسقط الخيار ، ولو داوى العبد أو عالج الدابة أو عمر فى الساحة أو رمّ شعث الدار أو لقح النخيل أو حلب البقرة بطل ، لأن هذه التصرفات من خصائص الملك .

فصــل

(ومن اشترى ما لم يره جاز ، وله خيار الرؤية) معناه : إن شاء أخذه وإن شاء ردّه ، وكذا إن كان الثمن عينا ولم يره البائع . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « من اشترى ما لم يره فله الخيار إذا رآه » ولأنه أحد العوضين فلا تشترط رؤيته للانعقاد كالثمن ، ولأنه لايفضى إلى المنازعة ، لأنه إذا لم يرض به عند الرؤية يردّه لعدم اللزوم ، وإذا جاز العقد ثبت له الخيار بالحديث ، وإنما يثبت الخيار عند الرؤية حتى لو أجاز البيع قبلها لايلزم

وَمَنْ باعَ ما لَمْ يَرَه فَلا خِيارَ لَهُ ، وَيَسْقُطُ بِرُؤْيَةِ ما يُوجِبُ العِلْمَ بِالمَقْصُودِ كَوَجْهِ الآدَمِيِّ وَوَجْهِ الدَّابَّةِ وكَفَلِها ، ورُؤْيَةِ الثَّوْبِ مَطْوِيًّا ونَحْوِه ، فانْ تَصَرَّفَ فِيهِ تَصَرُّفًا لازِما ، أَوْ تَعَيَّبَ فى يَدِهِ ، أَوْ تَعَذَّرَ رَدُّ بَعْضِهِ ، أَوْ ماتَ بَطَلَ الخِيارُ ،

ولا يسقط خياره بصريح الإسقاط قبلها لأنه خيار ثبت شرعا فلا يسقط باسقاطهما ، بخلاف خيارى الشرط والعيب لأنهما ثبتا بقصدهما وشرطهما ، ويملك فسخه قبل الرؤية لأن الخيار له ، ولا يمنع ثبوت الملك فى البدلين ، لكن يمنع اللزوم حتى لو باعه مطلقا أو بشرط الخيار للمشترى أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو رهنه أو وهبه وسلم قبل الرؤية لزم البيع ، ولو شرط الخيار للبائع أو عرضه على البيع لايلزم قبل الرؤية ويلزم بعدها لأنه لم يتعلق به حق الغير لكن رضى ، والرضى قبل الرؤية لايسقط الخيار . قال (ومن باع مالم يره فلا خيار له) وذكر الطحاوى أن أبا حنيفة كان يقول أوّلا له الخيار ، لأن اللزوم بالرضى ، والرضى بالعلم بأوصاف المبيع ، والعلم بالرؤية ؛ ثم رجع وقال : لاخيار له ، لأن النصّ أثبته للمشترى خوفا من تغير المبيع عما يظنه ودفعا للغبن عنه ، فلو ثبت للبائع لثبت خوفا من الزيادة على ما يظنه من الأوصاف وذلك لايوجب الخيار ، ألا ترى أنه لو باع عبدا على أنه مريض فاذا هو صحيح لزمه ولا خيار له ؟ . وقد روى أن عثمان بن عفان رضى الله عنه باع أرضا بالكوفة من طلحة بن عبيد الله رضى الله عنه ، فقيل لعثمان غبنت ؟ قال : لى الخيار فانى بعت ما لم أره ، وقيل لطلحة غبنت ؟ فقال : لى الخيار لأنى اشتريت مالم أره ، فاحتكما إلى جبير بن مطعم ، فحكم بالخيار لطلحة وذلك بمحضر من الصحابة فحكم جبير ، ورجوعهما إلىحكمه وعدم وجود النكير من أحد من الصحابة دلّ على أنه إجماع منهم . قال (ويسقط برؤية ما يوجب العلم بالمقصود كوجه الآدمى ووجه الدابة وكفلها ، ورؤية الثوب مطويا ونحوه) لأن رؤية الجميع غير شرط ، لأنه قد يتعذّر فاكتفى برؤية ما هو المقصود . والوجه فى الآدمى هو المقصود ، ألا ترى أن الثمن يزداد وينقص بالوجه ، وكذلك الوجه والكفل فى الدابة ؛ وأما الثوب فالمراد الثياب التى لايخالف باطنها الظاهر ، أما إذا اختلفا فلا بد من رؤية الباطن ، وكذلك لابد من رؤية العلم لأنه مقصود ؛ وفى الدار لابد من رؤية الأبنية ، فان لم يمكن يكتفى برؤية الظاهر ؛ ولا بد فى شاة اللحم من الجسّ وشاة الدرّ والنسل من النظر إلى الضرع مع جميع جسدها ، واعتبر بهذا جميع المبيعات . قال (فان تصرّف فيه تصرّفا لازما أو تعيب فى يده ، أو تعذّر رد بعضه ، أو مات بطل الخيار) وقد بيناه ، ولأنه إذا تعذّر ردّ البعض فرد الباقى إضرارا بالبائع ، وكذلك ردّ المعيب ؛ وأما الموت فلما ذكرنا أنه دخل فى ملكه وبقى له خيار

وَلَوْ رأى بَعْضَهُ فَلَهُ الخِيارُ إذَا رَأى باقِيَهُ ، وَما يُعْرَضُ بالأُنْموذَجِ رُؤْيَةُ بَعْضِهِ كَرُؤْيَةِ كُلِّهِ ؛ وَمَنْ باعَ مِلْكَ غَيْرِهِ فالمَالِكُ إنْ شاءَ رَدَّهُ وَإنْ شاءَ أجازَ إذَا كانَ المَبِيعُ والمُتَبايِعان بِحالِهِمْ .

الرؤية ، وخيار الرؤية لايورث . قال (ولو رأى بعضه فله الخيار إذا رأى باقيه) لأنه لو لزمه يكون إلزاما للبيع فيما لم يره وأنه خلاف النصّ ، وكذلك الإجازة فى البعض لاتكون إجازة فى الكلّ لما مرّ ، ولا تصحّ الإجازة فى البعض وردّ الباقى لما بينا . قال (وما يعرض بالأنموذج رؤية بعضه كرؤية كله) والأصل أن المبيع إذا كان أشياء إن كان من العدديات المتفاوتة كالثياب والدوابّ والبطيخ والسفرجل والرمان ونحوه لايسقط الخيار إلا برؤية الكل لأنها تتفاوت ، وإن كان مكيلا أو موزونا وهو الذى يعرض بالأنموذج أو معدودا متقاربا كالجوز والبيض فرؤية بعضه تبطل الخيار فى كله ، لأن المقصود معرفة الصفة وقد حصلت وعليه التعارف ، إلا أن يجده أردأ من الأنموذج فيكون له الخيار ، وإن كان المبيع مغيبا تحت الأرض كالجزر والشلجم (١) والبصل والثوم والفجل بعد النبات إن علم وجوده تحت الأرض جاز وإلا فلا ، فإذا باعه ثم قلع منه أنموذجا ورضى به ، فان كان مما يباع كيلا كالبصل ، أو وزنا كالثوم والجزر بطل خياره عندهما ، وعليه الفتوى للحاجة وجريان التعامل به . وعند أبى حنيفة لايبطل ، وإن كان مما يباع عددا كالفجل ونحوه ، فرؤية بعضه لايسقط خياره لما تقدّم ، ولو اختلفا فى الرؤية فالقول للمشترى لأنه منكر ؛ وكذلك لو اختلفا فى المردود فقال البائع : ليس هذا المبيع ، وكذلك فى خيار الشرط وفى الردّ بالعيب القول قول البائع . قال (ومن باع ملك غيره فالمالك إن شاء ردّه وإن شاء أجاز إذا كان المبيع والمتبايعان بحالهم) .

اعلم أن تصرّفات الفضولى منعقدة موقوفة على إجازة المالك لصدورها من الأهل وهو الحرّ العاقل البالغ ، مضافة إلى المحلّ لأن الكلام فيه ، ولا ضرر فيه على المالك لأنه غير ملزم له ، وتحتمل المنفعة فينعقد تصحيحا لتصرّف العاقد العاقل وتحصيلا للمنفعة المحتملة ، ولما روى أنه عليه الصلاة والسلام دفع دينارا إلى حكيم بن حزام ليشترى به أضحية ، فاشترى شاة ثم باعها بدينارين ، واشترى بأحد الدينارين شاة ، وجاء إلى النبىّ صلى الله عليه وسلم بالشاة والدينار ، فأجاز صنيعه ولم ينكر عليه ودعا له بالبركة ، وكان فضوليا لأنه باع الشاة واشترى الأخرى بغير أمره ، وكلّ عقد له مجيز حال وقوعه يتوقف على إجازته ، وما لا فلا ، حتى إن طلاق الفضولى وعتاقه ونكاحه وهبته لاينعقد فى حقّ الصبىّ والمجنون ، وينعقد فى حقّ العاقل البالغ ، لأن عند الإجازة يصير الفضولى كالوكيل حتى

---

(١) قوله والشلجم بالشين المعجمة : نبت معروف اه صحاح . وفى منهاج البيان : هو اللفت ، ويقال بالسين أيضا .

فصـــل

مَطْلَقُ البَيْعِ يَقْتَضِي سَلامَةَ المَبِيعِ ، وكُلُّ ما أوْجَبَ نُقْصَانَ الثَّمَنِ فى عادَةِ التُّجَّارِ فَهُوَ عَيْبٌ ، وَإِذَا اطَّلَعَ المُشْتَرِى عَلى عَيْبٍ فإنْ شاءَ أخَذَ المَبِيعَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ، وَإِنْ شاءَ رَدَّهُ ،

ترجع الحقوق إليه ، فان الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، والصبيّ والمجنون ليسا من أهل الوكالة ولا المباشرة ؛ وللفضولى الفسخ قبل الإجازة لئلا ترجع الحقوق إليه ، وليس له ذلك فى النكاح ، لأن الحقوق لاترجع فيه إليه لما عرف أنه سفير فيه ، ولا بد من وجود المبيع والمتبايعين عند الإجازة ، إذ لابقاء للعقد بدونهم . والإجازة : إنفاذ العقد الموقوف ؛ ولو كان العقد مقايضة يشترط بقاء العوضين والمتعاقدين لما بينا .

فصـــل

(مطلق البيع يقتضى سلامة المبيع) لأن الأصل هو السلامة ، وهو وصف مطلوب مرغوب عادة ، والمطلوب عرفا كالمشروط نصا . قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن فى عادة التجار فهو عيب) لأن الضرر بنقصان المالية وهم يعرفون ذلك ، وهذا يغنى عن ذكر العيوب وتعدادها ، وإذا علم المشترى بالعيب عند الشراء أو عند القبض وسكت فقد رضى به . قال (وإذا اطلع المشترى على عيب فان شاء أخذ المبيع بجميع الثمن وإن شاء ردّه) لأنه لم يرض به ، وليس له أخذه وأخذ النقصان إلا برضى البائع ، لأن الأوصاف لايقابلها شيء من الثمن بالعقد ، وكذلك لوكان المبيع مكيلا أو موزونا ، فوجد ببعضه عيبا ليس له أن يمسك الجيد ويردّ المعيب ، والأصل فى هذا أن المشترى لايملك تفريق الصفقة على البائع قبل التمام لما بينا ويملك بعده ، وخيار الشرط والرؤية وعدم القبض يمنع تمام الصفقة ، وبالقبض تتمّ الصفقة ، والمراد قبض الجميع حتى لو قبض أحدهما ثم وجد بأحدهما عيبا إما أن يردّهما أو يمسكهما ؛ والمكيل والموزون كالشيء الواحد ، ولا يملك ردّ البعض دون البعض لاقبل القبض ولا بعده ، لأن تمييز المعيب زيادة فى العيب ، فكأنه عيب حادث حتى قيل لوكان فى وعاءين له ردّ المعيب منهما بعد القبض لأنه لاضرر ، وكذا لو اشترى زوجى خفّ أو مصراعى باب فوجد بأحدهما عيبا قبل القبض أو بعده يردّهما أو يمسكهما ، وكذا كل مافى تفريقه ضرر ، وما لاضرر فى تفريقه كالعبدين والثوبين إذا وجد بأحدهما عيبا إن كان قبل القبض ليس له ردّ أحدهما لأنه تفريق الصفقة بل تمامها ، وإن كان بعد القبض يجوز لأنه لاضرر فى تفريقها ، لأن الصفقة قد تمت بالقبض ، فجاز

وَالإباقُ وَالسَّرِقَةُ وَالبَوْلُ فى الفِرَاشِ لَيْسَ بِعَيْبٍ فى الصَّغِيرِ الَّذى لايَعْقِلُ ، وَعَيْبٌ فى الَّذِى يَعْقِلُ ، وَيُرَدُّ بِهِ إلاَّ أنْ يُوجَدَ عِنْدَ المُشْتَرِى بَعْدَ البُلُوغِ وَانْقِطاعُ الحَيْضِ عَيْبٌ ، وَالاسْتِحاضَةُ عَيْبٌ ، وَالبَخَرُ وَالدَّفَرُ وَالزّنا عَيْبٌ فى الجارِيَةِ دُونَ الغُلامِ ، وَالشَّيْبُ والكُفْرُ والجُنُونُ عَيْبٌ فِيهِما ، وَإنْ وَجَدَ المُشْتَرِى عَيْبًا وَحَدَثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ آخَرُ رَجَعَ بِنُقْصانِ العَيْبِ وَلا يَرُدُّهُ إلاَّ بِرِضَا البائِعِ .

رد البعض كما لو اشترى من اثنين ، واستحقاق البعض على هذا التفصيل ما يضرّه التبعيض فهو عيب ، ومالا فلا . قال (والإباق والسرقة والبول فى الفراش ليس بعيب فى الصغير الذى لايعقل) لأنه لايقدر على الامتناع من هذه الأشياء وهو ضالّ لا آبق (وعيب فى الذى يعقل) لأنه تعده التجار عيبا (ويرد به إلا أن يوجد عند المشترى بعد البلوغ) .

اعلم أن جواز الردّ إنما يثبت عند اتحاد الحال بأن فعل هذه الأشياء عند البائع والمشترى حالة الصغر أو حالة الكبر ، أما إذا فعله عند البائع حالة الصغر ، وعند المشترى حالة الكبر فليس له الردّ ، لأن شرط ثبوت الردّ اتحاد سبب العيب ، وأنه يختلف بالصغر والكبر ، لأن الإباق والسرقة من الصغير لقلة مبالاته وقصور عقله ، ومن الكبير لخبث طبيعته ، والبول فى الفراش من الصغير لضعف المثانة ، ومن الكبير لداء فى بطنه ، فقد اختلف السببان ، فكان العيب الثانى غير الأوّل فلا يجب الردّ ، بخلاف الجنون حيث له الرد لوجنّ عند البائع فى الصغر ، وعند المشترى بعد البلوغ لأن السبب متحد . وهو آفة تحلّ الدماغ فى الحالتين . قال (وانقطاع الحيض عيب) لأنه من داء ، ومعناه إذا كانت ممن يحيض مثلها ، وإنما يعرف ذلك بمضىّ المدة وأدناه شهران ، وقيل لايردّها إلا إذا ادّعت ارتفاعه بالحبل ، ولو اشترى جارية على أنها تحيض وهى لاتحيض للإياس فهو عيب ، لأنه اشتراها للحبل والآيسة لاتحبل . قال (والاستحاضة عيب) لأن استمرار الدم مرض ، وعدم الختان عيب فى الجارية والغلام إذا كانا كبيرين مولدين ، أما إذا كانا صغيرين أو جلبين فليس بعيب . قال (والبخر والدفر والزنا عيب فى الجارية دون الغلام) لأن ذلك يخلّ بالمقصود منها وهو الاستفراش والوثوق بكون الولد منه ، والمراد من الغلام الاستخدام ، ولا يخلّ ذلك به إلا أن يكون من داء فهو عيب فيه أيضا ، وكذا إذا كان كثير الزنا يتبع الزوانى لأنه يشتغل به عن الخدمة . قال (والشيب والكفر والجنون عيب فيهما) أما الشيب والجنون فلأنهما ينقصان المالية ، والكافر تنفر الطباع من استخدامه ويقلّ الوثوق به لعداوة الدين ، ولذا لايجوز عتقه فى بعض الكفارات وكل ذلك عيب ، والنكاح والدين عيب فيهما لأنه نقص فيهما ، والحبل عيب فى الجارية دون بهائم بالعرف . قال (وإن وجد المشترى عيبا وحدث عنده عيب آخر رجع بنقصان العيب ، ولايردّه إلا برضا البائع)

وَإِنْ صَبَغَ الثَّوْبَ أَوْ خاطَهُ ، أَوْ لَتَّ السَّوِيقَ بِسَمْنٍ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلى عَيْبٍ رَجَعَ بِنُقْصانِهِ ، وَإِنْ ماتَ العَبْدُ أَوْ أَعْتَقَهُ رَجَعَ بِنُقْصانِ العَيْبِ ، فانْ قَتَلَهُ أَوْ أَكَلَ الطَّعامَ (سم) لَمْ يَرْجِعْ ،

لأن من شرط الردّ أن يردّه كما قبضه دفعا للضرر عن البائع ،فاذا تعذر ذلك بأن عجز عن استيفاء حقه فى الجزء الفائت وعن الوصول إلى رأس ماله يثبت له حقّ الرجوع ببدل الفائت دفعا للضرر عنه ، ونقصان العيب أن يقوّم صحيحا ويقوم معيبا ، فما نقص فهو حصة العيب فيرجع بها من الثمن . قال (وإن صبغ الثوب أو خاطه أو لتّ السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه) لأن الردّ قد تعذّر لأنه لايمكن الفسخ بدون الزيادة وهى لم تكن فى العقد فيرجع بالنقصان ، وليس للبائع أخذه لما فيه من الضرر بالمشترى ، والزيادة المنفصلة الحادثة قبل القبض لاتمنع الردّ بالعيب وبعده تمنع ، وذلك مثل الولد والعقر والأرش والثمرة لأنها مبيعة ملكت بالبيع وهى غير مقصودة ليقابلها الثمن ، لأن الأصل بجميع الثمن ، فلا يمكن ردّها فتبقى سالمة للمشترى بغير عوض وأنه ربا ، ولهذا لايملك ردّها برضا البائع ، ولو مات الولد يردّ الأمّ ، ولو استهلكه هو أوغيره لاتردّ ، والكسب والغلة لايمنع الردّ بجميع الثمن فكذا سلامة بدلها . قال (وإن مات العبد أو أعتقه رجع بنقصان العيب) وكذلك التدبير والاستيلاد ؛ أما الموت فلأنه إنهاء للملك والامتناع من جهة الشرع ؛ وأما العتق فهو إنهاء أيضا ، لأن الملك إنما يثبت فى الآدمى موقتا إلى وقت العتق ، والمنتهى متقرّر فصار كالموت فقد تعذّر الردّ وهذا استحسان ؛ والقياس أن لايرجع فى العتق ، لأن الامتناع من جهته كالقتل ، ولو أعتقه على مال أو كاتبه لايرجع لأن حبس البدل كحبس المبدل . قال (فان قتله أو أكل الطعام لم يرجع) أما القتل فلأنه وصل إليه عوضه معنى وهو سقوط الضمان عنه . وعن أبى يوسف أنه يرجع ، لأن قتل المولى عبده لايتعلق به ضمان ؛ وأما الأكل فلأنه تعذّر الردّ بفعل مضمون منه فصار كالقتل ، وقالا : يرجع استحسانا لأنه عمل بالمبيع ما هو المقصود منه بالشراء والمعتاد فيه فصار كالإعتاق . قلنا : لااعتبار بكون الفعل مقصودا ، فان المبيع مقصود بالشراء ومع ذلك يمنع الرجوع ، وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرّق ، ولو أكل بعض الطعام فكذا الجواب عنده . وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب فى الجميع . وعنهما يرد ما بقى ويرجع بنقصان ما أكل لأنه لايضرّه التبعيض وعليه الفتوى ، وفى كل موضع كان للبائع أخذه كالعيب الحادث ونحوه فباعه المشترى أو أعتقه لم يرجع بالنقصان ، وفى كل موضع ليس له أخذه بسبب الزيادة فباعه أو أعتقه المشترى رجع بالنقصان ؛ ومن اشترى بطيخا أو خيارا أو بيضا أو نحوه فكسره فوجده فاسدا ، فان كان بحال لاينتفع به رجع بكل الثمن لأنه ليس بمال ، وإن كان ينتفع به مع الفساد رجع بالنقصان لأنه تعذّر الرد ، لأن

وَمَنْ شَرَطَ الْبَرَاءَةَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ فَلَيْسَ لَهُ الرَّدُّ أَصْلاً ، وَإِذَا بَاعَهُ الْمُشْتَرِى ثُمَّ رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ إِنْ قَبِلَهُ بِقَضَاءٍ رَدَّهُ عَلَى بَائِعِهِ ، وَإِنْ قَبِلَهُ بِغَيْرِ قَضَاءٍ لَمْ يَرُدَّهُ ، وَيَسْقُطُ الرَّدُّ بِمَا يَسْقُطُ بِهِ خِيَارُ الشَّرْطِ .

الكسر عيب حادث فيرجع بالنقصان لما بينا . قال (ومن شرط البراءة من كلّ عيب فليس له الردّ أصلا) لأنه إسقاط والإسقاط لايفضي إلى المنازعة فيجوز مع الجهالة ، ولو حدث عيب بعد البيع قبل القبض دخل فى البراءة عند أبي يوسف خلافا لمحمد وزفر لأنه لم يوجد وقت الإبراء فلا يتناوله ، ولأبي يوسف أن المقصود سقوط حق الفسخ بالعيب وذلك البراءة عن الموجود والحادث ، ولو أبرأه من كلّ غائلة . قال أبو يوسف : هى السرقة والإباق والفجور دون المرض ، لأن الغائلة تختصّ بالفعل ، وإن أبرأه من كل داء . قال أبو حنيفة : الداء مافى الجوف من طحال أو كبد أو فساد حيض ، وما سوى ذلك يسمى مرضا . وقال أبو يوسف هو المرض . ولو قال برئت إليك من كل عيب بعينه فإذا هو أعور ، أو من كل عيب بيده فاذا هو أقطع لايبرأ لأنه ليس بعيب بالمحلّ بل هو عدم المحلّ . قال (وإذا باعه المشترى ثم ردّ عليه بعيب إن قبله بقضاء ردّه على بائعه) لأنه فسخ من الأصل فجعل كأن لم يكن ، وهو وإن أنكر فقد صار مكذبا شرعا (وإن قبله بغير قضاء لم يردّه) لأنه بيع جديد فى حقّ ثالث لوجود حدّه وهو التمليك والتملك ، وإن ردّ عليه بعيب لايحدث مثله ردّه عليه أيضا لأن الردّ متعين فيه فيستوى فيه القضاء وعدمه . قال (ويسقط الردّ بما يسقط به خيار الشرط) وقد ذكرت فيه ، وذكر البعض هنا أيضا .

فصل فى التلجئة

وهى فى اللغة : ما ألجئ إليه الإنسان بغير اختياره ، ولما كان هذا العقد إنما يعقد عند الضرورة سموه تلجئة لما فيه من معنى الإكراه ، وفيه ثلاث مسائل : إحداها أن تكون التلجئة فى نفس المبيع ، مثل أن يخاف على سلعته ظالما أو سلطانا فيقول : أنا أظهر البيع وليس ببيع حقيقة وإنما هو تلجئة ويشهد على ذلك ، ثم يبيعها فى الظاهر من غير شرط . حكى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن العقد جائز . وروى محمد فى الإملاء أنه باطل ولم يحك خلافا ، وهو قول أبي يوسف ومحمد . وجه الأولى أنهما عقدا عقدا صحيحا وما شرطاه لم يذكراه فيه ، فلا يؤثر فيه كما إذا اتفقا أن يشرطا شرطا فاسدا ثم تبايعا من غير شرط . ووجه الثانية أنهما اتفقا على أنهما لم يقصدا العقد فصارا كالهازلين فلا ينعقد . الثانية أن تكون فى البدل بأن يتفقا على ألف فى السرّ ويتبايعا فى الظاهر بألفين . روى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن الثمن ثمن العلانية . وروى محمد فى الإملاء أن الثمن ثمن

باب البيع الفاسد

وَهُوَ يُفِيدُ المِلْكَ بالقَبْضِ ، ولِكُلٍّ واحِدٍ مِنَ المُتَعاقِدَيْنِ فَسْخُهُ ، وَيُشْتَرَطُ قِيامُ المَبِيعِ حالَةَ الفَسْخِ ، فإنْ باعَهُ أوْ أعْتَقَهُ أوْ وَهَبَهُ بَعْدَ القَبْضِ جازَ ،

السرّ من غير خلاف وهو قولهما ، لأنهما اتفقا أنهما لم يقصدا الألف الزائدة فكأنهما هزلا بها . وجه الأول أن المذكور فى العقد هو الذى يصح العقد به ، وما ذكراه سرّا لم يذكراه حالة العقد فسقطحكمه . الثالثة اتفقا أن الثمن ألف درهم وتبايعا على مائة دينار . قال محمد : القياس أن يبطل العقد ، والاستحسان أن يصحّ بمائة دينار . وجه القياس أن الثمن الباطن لم يذكراه فى العقد والمذكورلم يقصداه فسقط فبقى بلا ثمن فلا يصحّ . وجه الاستحسان أن المقصود البيع الجائز لاالباطل ، ولا جائز إلا بثمن العلانية كأنهما أضربا عن السرّ وذكرا الظاهر ، وليس هذا كالمسئلة الأولى لأن المشروط سرّا مذكور فى العقد وزيادة وتعلق العقد به ، ويثبت لهما الخيار فى بيع التلجئة لأنهما لم يقصدا زوال الملك فصار كشرط الخيار لهما فيتوقف على إجازتهما ، ولو ادّعى أحدهما التلجئة لم يقبل قوله إلا ببينة لأنه يدّعى انفساخ العقد بعد انعقاده ، ويستحلف الآخر لأنه منكر .

باب البيع الفاسد

(وهو يفيد الملك بالقبض) بأمر البائع صريحا أو دلالة كما إذا قبضه فى المجلس وسكت حتى يجوز له التصرّف فيه إلا الانتفاع ، لما روى « أن عائشة لما أرادت أن تشترى بريرة فأبى مواليها أن يبيعوها إلا بشرط أن يكون الولاء لهم ، فاشترت وشرطت الولاء لهم ثم أعتقتها ، وذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأجاز العتق وأبطل الشرط » فالنبىّ عليه الصلاة والسلام أجاز العتق مع فساد البيع بالشرط ، ولأن ركن التمليك وهو قوله : بعت واشتريت صدر من أهله هو المكلف المخاطب مضافا إلى محله وهو المال عن ولاية ، إذ الكلام فيهما فينعقد لكونه وسيلة إلى المصالح والفساد لمعنى يجاوره كالبيع وقت النداء ، والنهى لاينفى الانعقاد بل يقرّره لأنه يقتضى تصوّر المنهى عنه والقدرة عليه ، لأن النهى عما لايتصوّر وعن غير المقدور قبيح ، إلا أنه يفيد ملكا خبيثا لمكان النهى (و) لهذا كان (لكلّ واحد من المتعاقدين فسخه) إزالة للخبث ورفعا للفساد (ويشترط قيام المبيع حالة الفسخ) لأن الفسخ بدونه محال (فان باعه أو أعتقه أو وهبه بعد القبض جاز) لمصادفة هذه التصرّفات ملكه ومنع الفسخ ، وكذا كلّ تصرّف لايفسخ كالتدبير والاستيلاد ، وما يحتمل الفسخ يفسخ كالإجارة ، فانها تفسخ بالأعذار وهذا عذر ، والرهن يمنع الفسخ

وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ يَوْمَ قَبْضِهِ إِنْ كَانَ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ ، أَوْ مِثْلُهُ إِنْ كَانَ مِثْلِيًا ، وَالْبَاطِلُ لَايُفِيدُ الْمِلْكَ وَيَكُونُ أَمَانَةً فِى يَدِهِ (سم) ، وَبَيْعُ الْمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَالْخَمْرِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْحُرِّ وَأُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ وَالْجَمْعُ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ (سم) وَمَيْتَةٍ وَذَكِيَّةٍ (سم) بَاطِلٌ ، وَبَيْعُ الْمُكَاتَبِ بَاطِلٌ إِلاَّ أَنْ يُجِيزَهُ فَيَجُوزُ ، وَبَيْعُ السَّمَكِ وَالطَّيْرِ قَبْلَ صَيْدِهِمَا ، وَالْآبِقِ وَالْحَمْلِ وَالنِّتَاجِ وَاللَّبَنِ فِى الضَّرْعِ ، وَالصُّوفِ عَلَى الظَّهْرِ ، وَاللَّحْمِ فِى الشَّاةِ ، وَجِذْعٍ فِى سَقْفٍ ، وَثَوْبٌ مِنْ ثَوْبَيْنِ فَاسِدٌ ،

فان عاد الرهن فله الفسخ ، وهذا لأن النقض لرفع حكمه حقا للشرع ، وهذه التصرّفات تعلق بها حقّ العبد وأنه مقدّم لما عرف ، (وعليه قيمته يوم قبضه إن كان من ذوات القيم أو مثله إن كان مثليا) لأنه كالغصب من حيث أنه منهىّ عن قبضه ، ولما كان هذا العقد ضعيفا لمجاورته المفسد توقف إفادة الملك على القبض كالهبة . قال (والباطل لايفيد الملك) لأن الباطل هو الخالى عن العوض والفائدة (ويكون أمانة فى يده) يهلك بغير شىء ، وهذا عند أبى حنيفة وعندهما يهلك بالقيمة لأن البائع ما رضى بقبضه مجانا ، وله أنه لما باع بما ليس بمال وأمره بقبضه فقد رضى بقبضه بغير بدل مالى فلا يضمن كالمودع . قال (وبيع الميتة والدم والخمر والخنزير والحرّ وأمّ الولد والمدبّر ، والجمع بين حرّ وعبد ، وميتة وذكية باطل) أما الميتة والدم والحرّ فلأنها ليست بمال ، والبيع والتمليك مال بمال ، وأما الخمر والخنزير فكذلك لأنهما ليسا بمال فى حقنا ، وكذلك أمّ الولد والمدبّر لأنهما استحقا العتق بأمر كائن لامحالة فأشبها الحرّ ، وأما الجمع بين حرّ وعبد وميتة وذكية فلأن الصفقة واحدة ، والحرّ والميتة لايدخلان تحت العقد لعدم المالية ، ومتى بطل فى البعض بطل فى الكلّ ، لأن الصفقة غير متجزئة ، وكذا الجمع بين دنين أحدهما خلّ والآخر خمر ومتروك التسمية كالميتة ، وإذا لم يكن الحرّ والميتة ما لا لايقابلهما شىء من الثمن ، فيبقى العبد والذكية مجهولة الثمن ، ولأن القبول فى الحرّ والميتة شرط للبيع فى العبد والذكية وأنه باطل . وقال أبو يوسف ومحمد : إن سمى لكلّ واحد منهما ثمنا جاز فى العبد والذكية كالجمع بين أخته وأجنبية فى النكاح . قلنا : النكاح لايبطل بالشروط المفسدة ولا كذلك البيع . قال (وبيع المكاتب باطل) لأنه استحقّ جهة حرية وهو ثبوت يده على نفسه (إلا أن يجيزه فيجوز) لأنه إذا أجازه فكأنه عجز نفسه فيعود قنا فيجوز بيعه . قال (وبيع السمك والطير قبل صيدهما ، والآبق والحمل والنتاج ، واللبن فى الضرع ، والصوف على الظهر ، واللحم فى الشاة ، وجذع فى سقف ، وثوب من ثوبين فاسد) أما السمك والطير فلعدم الملك ، ولو كان السمك مجتمعا فى أجمة إن اجتمع بغير صنعه لايجوز لعدم الملك ،

وَبَيْعُ المُزَابَنَةِ والمُحَاقَلَةِ فاسِدٌ ، وَلَوْ باعَ عَيْنا عَلَى أنْ يُسَلِّمَها إلى رَأْسِ الشَّهْرِ فَهُوَ فاسِدٌ ، وَبَيْعُ جارِيَةٍ إلاَّ حَمْلَها فاسِدٌ وَلَوْ باعَهُ جارِيَةً عَلَى أنْ يَسْتَوْلِدَها المُشْتَرِى أوْ يَعْتِقَها أوْ يَسْتَخْدِمَها البائِعُ أوْ يُقْرِضَهُ المُشْتَرِى دَرَاهِمَ أوْ ثَوْبا عَلَى أنْ يَخِيطَهُ البائِعُ فَهُوَ فاسِدٌ ،

وإن اجتمع بصنعه إن قدر على أخذه من غير اصطياد جاز لأنه ملكه ويقدر على تسليمه ، وللمشترى خيار الرؤية ، وإن لم يقدر عليه إلا بالاصطياد لايجوز وأما الآبق فلأنه لايقدر على تسليمه حتى لو عاد الآبق جاز البيع . وعن محمد أنه لايجوز ، ولو باعه ممن زعم أنه عنده يجوز كبيع المغصوب من الغاصب وأما الحمل والنتاج(١) فلنهيه عليه الصلاة والسلام عنه ؛ وأما اللبن فى الضرع فللجهالة واختلاط المبيع بغيره ؛ وأما الصوف على الظهر فلاختلاط المبيع بغيره ، ولوقوع التنازع فى موضع القطع بخلاف القصيل لأنه يمكن قلعه ، وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن فى ضرع وسمن فى لبن . وعن أبى يوسف أنه يجوز قياسا على شجر الخلاف . قلنا شجر الخلاف ينبت من أعلاه ، فتكون الزيادة فى ملك المشترى ، والصوف ينبت من أسفله فيحدث على ملك البائع فيختلطان ؛ وأما اللحم فى الشاة والجذع فى السقف فلا يمكن تسليمه إلا بضرر لايستحق عليه ، وكذلك ذراع من ثوب وحلية فى سيف ، وإن قلعه وسلمه قبل نقض البيع جاز ، وليس للمشترى الامتناع ، وهذا بخلاف ما إذا باعه ذراعا من كرباس وعشرة دراهم من هذه النقرة حيث يجوز لأنه لاضرر فيه ؛ وأما ثوب من ثوبين فلجهالة المبيع ، ولو قال على أن يأخذ أيهما شاء جاز لعدم المنازعة . قال (وبيع المزابنة والمحاقلة فاسد) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عنهما . والمزابنة : بيع الثمر على النخل بتمر على الأرض مثله كيلا حزرا . والمحاقلة : بيع الحنطة فى سنبلها بمثلها من الحنطة كيلا حزرا ، ولأنه بيع الكيلى بجنسه مجازفة فلا يجوز . قال (ولو باع عينا على أن يسلمها إلى رأس الشهر فهو فاسد) لأن تأجيل الأعيان باطل إذ لافائدة فيه ، لأن التأجيل شرع فى الأثمان ترفها عليه ليتمكن من تحصيله وأنه معلوم فى الأعيان فكان شرطا فاسدا . قال (وبيع جارية إلا حملها فاسد) لأن الحمل بمنزلة طرف الحيوان لاتصاله به خلقة ، ألا ترى أنه يدخل فى البيع من غير ذكر فلا يجوز استثناؤه كسائر الأطراف (ولو باعه جارية على أن يستولدها المشترى أو يعتقها أو يستخدمها البائع أو يقرضه المشترى دراهم أو ثوبا على أن يخيطه البائع فهو فاسد) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط .

---

(١) الحمل : ما كان فى البطن . والنتاج : ما يحمله هذا الحمل .

وَلا يَجوزُ بَيْعُ النَّحْلِ إلاَّ مَعَ الكُوَّارَاتِ (م)، وَلا دُودِ القَزِّ إلاَّ مَعَ القَزِّ (م) ،

والجملة فى ذلك أن البيع بالشرط ثلاثة أنواع : نوع البيع والشرط جائزان ، وهو كل شرط يقتضيه العقد ويلائمه كما إذا اشترى جارية على أن يستخدمها ، أو طعاما على أن يأكله أو دابة على أن يركبها ؛ ولو اشترى أمة على أن يطأها فهو فاسد لأن فيه نفعا للبائع لأنه يمتنع به الردّ بالعيب ، وقالا : لايفسد لأنه شرط يقتضيه العقد وجوابه ما قلنا . ونوع كلاهما فاسدان ، وهو كل شرط لايقتضيه العقد ولا يلائمه ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، وهو مامرّ من الشروط فى هذه المسائل ونحوها ، أو للمعقود عليه إذا كان من أهل الاستحقاق كعتق العبد ، فلو أعتقه انقلب جائزا ، فيجب الثمن عند أبى حنيفة لأنه ينتهى به ، والشيء يتأكد بانتهائه . وعندهما تجب القيمة ، وهو فاسد على حاله لأن به تقرّر الشرط الفاسد . ونوع البيع جائز والشرط باطل ، وهو كلّ شرط لايقتضيه العقد وفيه مضرّة لأحدهما ، أو ليس فيه منفعة ولا مضرّة لأحد ، أو فيه منفعة لغير المتعاقدين والمبيع كشرط أن لايبيع المبيع ولا يهبه ، ولا يلبس الثوب ، ولايركب الدابة ، ولا يأكل الطعام ، ولا يطأ الجارية ، أو على أن يقرض أجنبيا دراهم ونحو ذلك ، فانه يجوز البيع ويبطل الشرط لأنه لايستحقه أحد فيلغو بخلوّه عن الفائدة ، ويبتنى على هذه الأصول مسائل كثيرة تعرف بالتأمل إن شاء الله تعالى . قال (ولا يجوز بيع النحل إلا مع الكوّارات) (١) وقال محمد : يجوز إذا كان مجموعا لأنه حيوان منتفع به مقدور التسليم فيجوز كغيره من الحيوانات ولهما أنه لاينتفع بعينه ولا بجزء من أجزائه فلا يجوز كالزنابير ، ولا اعتبار بما يتولد منه من العسل لأنه معدوم ؛ أما إذا باعها مع الكوّارات وفيها عسل يجوز تبعا ، هكذا علله الكرخى فى جامعه ، ثم أنكر ذلك وقال : إنما يدخل فى البيع بطريق التبع ما هو من حقوق المبيع وأتباعه ، والنحل ليس من حقوق العسل وأتباعه . وجوابه أن يقال : إن الكوّارات لما لم يكن لها فائدة بدون النحل جعل النحل من جملة حقوقها تجوّزا ألا ترى أنه لايجوز بيع الشرب مقصودا ، ويجوز تبعا للأرض لما أنه لاانتفاع بالأرض بدون الشرب ، وأمثاله كثيرة . قال (ولا دود القزّ إلا مع القزّ) وقال محمد : يجوز ، والعلة فيه مامر من الطرفين فى النحل ، وقالا : يجوز بيع بيضه والسلم فيه كيلا فى حينه ، لأنه بزر يتولد منه ما ينتفع به وصار كبزر البطيخ . وقال أبو حنيفة : لايجوز بيعه لأنه لاينتفع بعينه ، وكان محمد يضمن من قتل دود القزّ بناء على جواز بيعه ، ولا يضمنه أبو حنيفة بناء على عدم

---

(١) قال فى المغرب : الكوّارة بالضم والتشديد : معسل النحل إذا سوّى من الطين اهـ مصححه .

وَالبَيْعُ إلى النَّيروزِ وَالمَهرَجانِ وَصَوْمِ النصارَى وَفطرِ اليَهودِ إذا جَهلا ذلكَ فاسِدٌ ، وَالبَيْعُ إلى الحَصَادِ وَالقِطافِ وَالدّيَاسِ وَقُدُومِ الحاجّ فاسِدٌ ، وَإنْ أسقَطا الأجلَ قَبْلَهُ جازَ (ز) ، وَمَنْ جَمعَ بَيْنَ عَبْدٍ وَمُدَبَّرٍ أوْ عَبْدِ الغَيْرِ جازَ فى عَبْدِهِ بِحِصَّتِهِ . وَيُكْرَهُ البَيْعُ عِنْدَ أذانِ الجُمُعَةِ ، وكَذا بَيْعُ الحاضِرِ لِلبادِى ، وكَذا السَوْمُ عَلى سَوْمِ أخيهِ ،

جوازه . قال (والبيع إلى النيروز والمهرجان (١) وصوم النصارى وفطر اليهود إذا جهلا ذلك فاسد) لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة ، وإن علما ذاك جاز كالأهلة ، ولو اشترى إلى فطر النصارى وقد دخلوا فى الصوم جاز لأنه معلوم ، وقبل دخولهم لايجوز لأنه مجهول . قال (والبيع إلى الحصاد والقطاف والدياس وقدوم الحاج فاسد) للجهالة لأنها تتقدّم وتتأخر (وإن أسقطا الأجل قبله جاز) البيع خلافا لزفر ، وقد مرّ فى خيار الشرط . وروى الكرخى عن أصحابنا أن سائر البياعات الفاسدة تنقلب جائزة بحذف المفسد . قال (ومن جمع بين عبد ومدبر أو عبد الغير جاز فى عبده بحصته) والمكاتب وأمّ الولد كالمدبر لأنها أموال ، ألا ترى أن الغير لو أجاز البيع فى عبده جاز ، وكذا لو قضى القاضى بجواز البيع فى المدبر وأمّ الولد ، وكذا لو رضى المكاتب فصار كما إذا باع عبدين فهلك أحدهما قبل القبض فانه يجوز فى الباقى بحصته كذا هذا . قال (ويكره البيع عند أذان الجمعة) لقوله تعالى ـ وذروا البيع ـ (وكذا بيع الحاضر للبادى) لقوله عليه الصلاة والسلام « لايبيع حاضر لباد » وهو أن يجلب البادى السلعة فيأخذها الحاضر ليبيعها بعد وقت بأغلى من السعر الموجود وقت الجلب ، وكراهته لما فيه من الضرر بأهل البلد حتى لو لم يضرّ لابأس به لما فيه من نفع البادى من غير تضرّر غيره (وكذا السوم على سوم أخيه) قال عليه الصلاة والسلام « لايستام الرجل على سوم أخيه » وهو أن يرضى المتعاقدان بالبيع ويستقرّ الثمن بينهما ولم يبق إلا العقد فيزيد عليه ويبطل بيعه ؛ أما لو زاد عليه قبل التراضى يجوز وهو المعتاد بين الناس فى جميع البلاد والأعصار ، وقد صحّ أن النبيّ صلى الله عليه وسلم باع حلسا (٢) فى بيع

---

(١) النيروز : معرّب ، وأصله نوروز ، وهو يوم فى طرف الربيع . وكذا المهرجان معرّب ، وأصله مهركان ، وهو يوم فى طرف الخريف . قال فخر الإسلام البزدوى : هما عيدا المجوس اهـ .

(٢) الحلس بكسر الحاء وسكون اللام . قال فى الجمهرة : هو كساء يطرح على ظهر البعير أو الحمار . وروى الترمذى من حديث أنس رضى الله عنه قال « أتى رجل من الأنصار يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : =

وكَذا النَّجشُ ، وتَلَقِّى الجَلَبِ مكْرُوهٌ ويَجُوزُ البيْعُ ؛ ومَنْ ملَكَ صَغيرَيْنِ أَوْ صَغيرًا وكَبيرًا أَحَدُهُما ذُو رَحِمٍ مُحَرَّمٍ مِنَ الآخَرِ كُرِهَ لَهُ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُما ، ولَا يُكْرَهُ فى الكَبيرَيْنِ .

من يزيد (وكذا النجش وتلق الجلب مكروه) والنجش : أن يزيد فى السلعة ولا يريد شراءها ليرغب غيره فيها ، وتلق الجلب : أن يتلقاهم وهم غير عالمين بالسعر ، أو يلبس عليهم السعر ليشتريه ويبيعه فى المصر ، فان لم يلبس عليهم أو كان ذلك لايضرّ أهل المصر لابأس به ، وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن تلق الجلب . وقال عليه الصلاة والسلام « لاتناجشوا » (ويجوز البيع) فى هذه المسائل كلها ، لأن النهى ليس فى معنى العقد وشرائطه بل لمعنى خارج فيجوز . قال (ومن ملك صغيرين أو صغيرا وكبيرا أحدهما ذو رحم محرم من الآخر كره له أن يفرق بينهما) قال عليه الصلاة والسلام « من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته فى الجنة » وقال عليه الصلاة والسلام « لاتجمعوا عليهم السبى والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية » ولأن الكبير يشفق على الصغير ويربيه ، والصغيران يتآلفان فيتضرّران بالتفريق « ووهب عليه الصلاة والسلام لعلىّ أخوين صغيرين ثم سأله عنهما ، فقال : بعت أحدهما ، فقال عليه الصلاة والسلام : بعهما أو ردّهما ، وفى رواية « اذهب فاستردّه » (ولا يكره فى الكبيرين) لقوله عليه الصلاة والسلام « حتى يبلغ الغلام أو تحيض الجارية » والنبىّ عليه الصلاة السلام « فرّق بين مارية وسيرين وكانتا أختين كبيرتين ، فاستولد مارية ووهب سيرين » فإن لم يكن بينهما محرمية يجوز كابن العم ، لأن النصّ ورد على خلاف القياس فيقتصر عليه وكذا إذا

أما فى بيتك شىء ؟ قال : بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه ، وقعب نشرب فيه الماء ، فقال ائتنى بهما ، فأتاه بهما ، فأخذهما صلى الله عليه وسلم وقال: من يشترى هذين؟ قال رجل : أنا آخذهما بدرهم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من يزيد على درهم قالها مرتين أو ثلاثا . قال رجل : أنا آخذهما بدرهمين فأعطاهما إياه ، وأخذ الدرهمين فأعطاهما الرجل وقال : اشتر بأحدهما طعاما فانبذه إلى أهلك ، واشتر بالآخر قدوما فأتنى به ، فأتى به ، فشدّ فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال : اذهب فاحتطب وبع ولا أرينك خمسة عشر يوما ، ففعل ثم جاء وقد أصاب عشرة دراهم ، فاشترى ببعضها ثوبا وببعضها طعاما ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذا خير لك من أن تجىء المسألة نكتة فى وجهك يوم القيامة ، إن المسألة لاتحلّ إلا لذى فقر مدقع ، أو ذى غرم مفظع ، أو لذى دم موجع » اه ، تجريد الأصول للبارزى . وقوله قعب ، القعب : القصعة ، كذا فى الشلبى على الزيلعى اه مصححه .

باب التولية

التَّوْلِيَةُ بَيْعٌ بالثَّمَنِ الأوَّلِ ، وَالمُرَابَحَةُ بِزِيادَةٍ ، وَالوَضِيعَةُ بِنَقِيصَةٍ ، وَلا يَصِحُّ ذلكَ حتى يَكُونَ الثمَنُ الأوَّلُ مِثْلِيًّا أوْ فى مِلْكِ المُشْتَرِى .

كانت المحرمية لغير نسب كالمصاهرة والرضاع ، وكذا بين الزوجين لما ذكرنا ، فإن باع الصغير وفرّق بينهما جاز خلافا لأبى يوسف فى قرابة الولاد ولزفر فى الإخوة ، وهو رواية عن أبى يوسف أيضا . ووجه ما تقدّم من حديث على أمره عليه الصلاة والسلام بالرد ، وهودليل عدم الجواز . وروى « أنه عليه الصلاة والسلام رأى فى السبايا امرأة والهة (١) فسأل عنها ، فقيل : بيع ولدها ، فأمرهم بالرّد» وذلك يدلّ على عدم الجواز ، وكذلك تعليقه الوعيد بالتفريق فى الحديث الأولّ يدل على حرمة التفريق . ولنا أنه باع ملكه بيعا جامعا شرائط الصحة فيجوز ، والنهى لمعنى خارج عن العقد ، وهو ما يلحق الصبىّ من الضرر فلا يفسده كالبيع عند النداء فأوجب الكراهة والإثم ، وله أن يدفعه فى الدين والجناية ، ويردّه بالعيب بعد القبض ، لأن التفريق مكروه وإيفاء الحقوق واجب ، ولا يكره عتق أحدهما ولا كتابته ، لأن نفعه فى ذلك أكثر من تضرّره بالتفريق فكان أولى .

باب التولية

(التولية بيع بالثمن الأوّل ، والمرابحة بزيادة ، والوضيعة بنقيصة) لأن الاسم ينبئ عن ذلك ومبناها على الأمانة ، لأن المشترى يأتمن البائع فى خبره معتمدا على قوله ، فيجب على البائع التنزه عن الخيانة والتجنب عن الكذب لئلا يقع المشترى فى بخس وغرور ، فاذا ظهرت الخيانة يرد أو يختار على ما يأتيك إن شاء الله تعالى . وهى عقود مشروعة لوجود شرائطها ، وقد تعاملها الناس من لدن الصدر الأوّل إلى يومنا هذا ، وقد صح « أنه عليه الصلاة والسلام لما أراد الهجرة قال لأبى بكر رضى الله عنه وقد اشترى بعيرين ولّنى أحدهما » وللناس حاجة إلى ذلك لأن فيهم من لا يعرف قيمة الأشياء فيستعين بمن يعرفها ويطيب قلبه بما اشتراه وزيادة ، ولهذا كان مبناها على الأمانة ورأس المال فى المواضعة حقه فله أن يحط منه . قال (ولا يصح ذلك حتى يكون الثمن الأوّل مثليا أو فى ملك المشترى) لأنه يجب عليه مثل الثمن الأوّل ، فاذاكان مثليا يقدر عليه ؛ فكذلك إذا كان من ذوات القيم وهوفى يده لقدرته على أدائه ، وإن لم يكن فى يده فهو باطل ، لأنه يجب عليه مثل الأوّل ، وهذا من ذوات القيم ، والقيم مجهولة إنما تعلم بالظن والتخمين ، والثمن الأوّل هو ما عقد به لا ما نقد ، فان اشترى بدراهم فدفع بها ثوبا فالثمن

(١) قوله والهة ، الوله : ذهاب العقل والتحير من شدّة الوجد .

وَيجُوزُ أنْ يَضمَّ إلى الثَّمَنِ الأَوَّلِ أُجرَةَ الصَّبْغِ وَالطِّرَازِ وَحَمْلِ الطَّعَامِ وَالسِّمْسَارِ وَسائِقِ الغنَمِ وَيَقُولُ : قامَ عَلَيَّ بِكَذَا ، وَلا يَضُمُّ نَفَقَتَهُ وَأُجرَةَ الرَّاعِي وَالطَّبِيبِ وَالمُعَلِّمِ وَالرَّايِضِ وَجُعْلَ الآبِقِ وَكِرَاهُ ، فإنْ عَلِمَ بِخِيانَةٍ فِى التَّوْلِيَةِ أسْقَطَهَا (م) مِنَ الثمَنِ ؛ وفى المُرَابَحَةِ إنْ شاءَ (س) أخذَهُ بِجَمِيعِ الثمَنِ ، وَإنْ شاءَ رَدَّهُ .

دراهم ، ولا بدّ أن يكون الربح أو الوضيعة معلوما لئلا يؤدى إلى الجهالة والمنازعة ، فلو باعه بربح « ده يازده » لايجوز إلا أن يعلم بالثمن فى المجلس لأنه مجهول قبله ، ولو كان المبيع مثليا فله بيع نصفه مرابحة بحصته ، ولو كان ثوبا أونحوه لايبيع جزءا منه لأنه لايمكن تسليمه إلا بضرر . قال (ويجوز أن يضمّ إلى الثمن الأوّل أجرة الصبغ والطراز وحمل الطعام والسمسار وسائق الغنم ويقول : قام علىّ بكذا ، ولا يضمّ نفقته وأجرة الراعى والطبيب والمعلم والرايض (١) وجعل الآبق وكراه) وأصله أن كلّ ما تعارف التجار إلحاقه برأس المال يلحق به ، وما لا فلا ؛ وقد جرت العادة بالقسم الأول دون الثانى وما تزداد به قيمة المبيع أو عينه يلحق به ، وأنه موجود فى القسم الأول ؛ أما الصبغ والطراز فظاهر ؛ وأما الحمل والسوق فلأن القيمة تزداد باختلاف الأمكنة ، ولا كذلك القسم الثانى ؛ أما الراعى فلأنه لم يوقع فيه فعلا وإنما هو حافظ فصار كالبيت وجعل الآبق نادر ولم يزد فيه شيئا ؛ وكذلك الطبيب وماثبت بالمعلم والرايض لمعنى فيه وهو ذكاؤه وفطنته ولو ضم إلى الثمن مالايجوز ضمه فهو خيانة وكذلك إن أمسك جزءا من المبيع أو بدله أو كتم وصف الثمن أو الأجل فيه ، أو عيبا بفعله أو فعل غيره ، ولو عاب بآفة سماوية فليس بخيانة ، ولو كتم أجرة المبيع أو غلته فليس بخيانة ولو اشتراه ممن لاتقبل شهادته له لايبيعه مرابحة حتى يبين عند أبى حنيفة خلافا لهما ولو اشتراه من عبده أو مكاتبه يبين بالإجماع ، ولو اشتراه ممن له عليه دين بدينه لم يبين بالإجماع . لهما فى الخلافية أنهما متباينان فى الأملاك فصارا كالأجنبى ، وله أن المنافع بينهم متحدة فكأنه اشتراه من نفسه ، ولأن العادة جارية بالتسامح والمحاباة بين هؤلاء فى المعاملات فيجب البيان كما لو اشتراه من عبد . قال (فان علم بخيانة فى التولية أسقطها من الثمن) وهو القياس فى الوضيعة (وفى المرابحة إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء ردّه) وهذا عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف : يحطّ فيهما وحصة الخيانة من الربح . وقال محمد : يخير فيهما لأنه فاته وصف مرغوب فى الثمن فيتخير كوصف السلامة . ولأبى يوسف أنه بيع تعلق بمثل الثمن الأول فانه ينعقد بقوله : وليتك بالثمن الأوّل ، وبعتك مرابحة أو مواضعة على الثمن الأوّل ، وقدر الخيانة لم يكن فى الثمن الأوّل فيحط . ولأبى حنيفة أن إثبات الزيادة فى المرابحة لاتبطل معناها ، إلا أنه فاته وصف مرغوب كما قال محمد فيخير ،

(١) رضت المهر أروضه رياضا ورياضة : إذا علمته السير فهو مروض .

باب الربا

وَعِلَّتُهُ عِنْدَنَا الكَيْلُ أَوِ الوَزْنُ (ف) مَعَ الجِنْسِ .

وإثبات الزيادة يبطل معنى التولية ، فتلغو التسمية وتحطّ الزيادة تحقيقا لمعنى التولية ، ومعنى قوله وهو القياس فى الوضيعة : أى إذا خان خيانة تنفى الوضيعة ؛ أما إذا كانت خيانة توجد الوضيعة معها فهو بالخيار ، وهذا على قياس قول أبى حنيفة وقول أبى يوسف يحط فيهما ، ومحمد يخير فيهما .

باب الربا

وهو فى اللغة : الزيادة ، ومنه الربوة للمكان الزائد على غيره فى الارتفاع . وفى الشرع : الزيادة المشروطة فى العقد ، وهذا إنما يكون عند المقابلة بالجنس . وقيل الربا فى الشرع عبارة عن عقد فاسد بصفة سواء كان فيه زيادة أو لم يكن ، فان بيع الدراهم بالدنانير نسيئة ربا ولا زيادة فيه . والأصل فى تحريمه قوله تعالى ـ وأحلّ الله البيع وحرّم الربا ـ وقوله ـ لاتأكلوا الربا ـ والحديث المشهور ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربا ، والحنطة بالحنطة مثلا بمثل كيلا بكيل يدا بيد والفضل ربا ، والشعير بالشعير مثلا بمثل كيلا بكيل يدا بيد والفضل ربا » والتمر بالتمر مثلا بمثل كيلا بكيل يدا بيد والفضل ربا ، والملح بالملح مثلا بمثل كيلا بكيل يدا بيد والفضل ربا » وأجمعت الأمة على تعدّى الحكم منها إلى غيرها إلا ما يروى عن عثمان البتى وداود الظاهرى ولا اعتماد عليه . قال (وعلته عندنا الكيل أو الوزن مع الجنس) لقوله عليه الصلاة والسلام فى آخر الحديث « وكذلك كل مايكال ويوزن » رواها مالك بن أنس ومحمد بن إسحق الحنظلى بين أن العلة هى الكيل والوزن ، وقوله عليه الصلاة والسلام « لاتبيعوا الصاع بالصاعين ، ولا الصاعين بالثلاثة » وهذا عام فى كلّ مكيل سواء كان مطعوما أو لم يكن ، ولأن الحكم متعلق بالكيل والوزن ، إما إجماعا ، أو لأن التساوى حقيقة لايعرف إلا بهما ، وجعل العلة ما هو متعلق الحكم إجماعا ، أو معرف للتساوى حقيقة أولى من المصير إلى ما اختلفوا فيه ، ولا يعرف التساوى حقيقة ، ولأن التساوى والمماثلة شرط لقوله عليه الصلاة والسلام « مثلا بمثل » وفى بعض الروايات « سواء بسواء » أو صيانة لأموال الناس ، والمماثلة بالصورة والمعنى أتمّ وذلك فيما قلناه ، لأن الكيل والوزن يوجب المماثلة صورة ، والجنسية توجبها معنى فكان أولى . وهذا أصلى ينبنى عليه عامة مسائل الربا ، فنذكر بعضها تنبيها على الباقى لمن يتأملها : منها لو باع حفنة طعام بحفنتين ، أو تفاحة بتفاحتين يجوز لعدم

فإذا وُجِدا حَرُمَ التَّفاضُلُ والنَّساءُ ، وإذا عُدِما حلاَّ ، وإذا وُجِدَ أحدُهما خاصَّةً حَلَّ التَّفاضُلُ وحَرُمَ النَّساءُ (ف) ، وَجَيِّدُ مالِ الرِّبا ورَدِيئُهُ عِنْدَ المُقابَلَةِ بِجِنْسِهِ سَواء ، وَما وَرَدَ النَّصُّ بِكَيْلِهِ فَهُوَ كَيْلِيٌّ أَبَدًا ، وَما وَرَدَ بِوَزْنِهِ فَوَزْنِيٌّ أَبَدًا ؛ وَعَقْدُ الصَّرْفِ يُعْتَبَرُ فيهِ قَبْضُ عِوَضَيْهِ فِى المَجْلِسِ ، وَما سِواهُ مِنَ الرِّبَوِيَّاتِ يَكْفِى فيهِ التَّعْيِينُ ؛ وَيَجُوزُ بَيْعُ فَلْسٍ بِفَلْسَيْنِ بِأَعْيانِهِما (م) ،

الكيل والوزن ، وإذا ثبت أن العلة ماذكرنا (فإذا وجدا حرم التفاضل والنساء) عملا بالعلة (وإذا عدما حلا) لعدم العلة المحرّمة ، ولإطلاق قوله تعالى ـ وأحلّ الله البيع ـ (وإذا وجد أحدهما خاصة حلّ التفاضل وحرم النساء) أما إذا وجد المعيار وعدم الجنس كالحنطة بالشعير والذهب بالفضة ، فلقوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف الجنسان » ويروى « النوعان ، فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد » . وأما إذا وجدت الجنسية وعدم المعيار كالهروى بالهروى ، فان المعجل خير من المؤجل وله فضل عليه ، فيكون الفضل من حيث التعجيل ربا ، لأنه فضل يمكن الاحتراز عنه وهو مشروط فى العقد فيحرم . قال (وجيد مال الربا ورديئه عند المقابلة بجنسه سواء) لقوله عليه الصلاة والسلام «جيدها ورديئها سواء » ولأن فى اعتباره سدّ باب البياعات فيلغو . قال (وما ورد النصّ بكيله فهو كيلىّ أبدا ، وما ورد بوزنه فوزنىّ أبدا) اتباعا للنصّ . وعن أبى يوسف أنه يعتبر فيه العرف أيضا ، لأن النصّ ورد على عادتهم فتعتبر العادة ، وما لانصّ فيه يعتبر فيه العرف لأنه من الدلائل الشرعية . قال (وعقد الصرف يعتبر فيه قبض عوضيه فى المجلس) لقوله عليه الصلاة والسلام « الفضة بالفضة هاء وهاء ، والذهب بالذهب هاء وهاء » أى يدا بيد (وما سواه من الربويات يكفى فيه التعيين) لأنه يتعين بالتعيين ويتمكن من التصرّف فيه ، فلا يشترط قبضه كالثياب بخلاف الصرف ، لأن القبض شرط فيه للتعيين ، فانه لايتعين بدون القبض على ما يأتى إن شاء الله تعالى ، ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام « يدا بيد » أى عينا بعين ، وهو كذلك فى رواية ابن الصامت . قال (ويجوز بيع فلس بفلسين بأعيانهما) وقال محمد : لايجوز لأنها أثمان فصارت كالدراهم والدنانير ، وكما إذا كانا بغير أعيانهما . ولهما أن ثمنيتها بالاصطلاح فيبطل به أيضا ، وقد اصطلحا على إبطالها ، إذ لاولاية عليهما فى هذا الباب ، بخلاف الدراهم والدنانير لأنها خلقت ثمنا ، وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما ، لأنه بيع الكالئ بالكالئ (١) ، وهو منهىّ عنه .

---

(١) قوله الكالئ ، قال فى مختار الصحاح : الكالئ : النسيئة ، وفى الحديث « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الكالئ بالكالئ ، وهو بيع النسيئة بالنسيئة » اه مصححه .

وَلا يَجُوزُ بَيْعُ الحِنْطَةِ بالدَّقِيقِ وَلا بالسَّوِيقِ وَلا بالنُّخالَةِ ، وَلا الدقِيقِ بالسَّوِيقِ (سم) ، وَيَجُوزُ بَيْعُ الرُّطَبِ بالرُّطَبِ وَبالتَّمْرِ (سم) مُتَماثِلاً ،

قال (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق ولا بالنخالة ، ولا الدقيق بالسويق) والأصل فيه أن شبهة الربا وشبهة الجنسية ملحقة بالحقيقة فى باب الربا احتياطا للحرمة ، وهذه الأشياء جنس واحد نظرا إلى الأصل ، والمخلص هو التساوى فى الكيل ، وأنه متعذر لانكباس الدقيق فى المكيال أكثر من غيره ، وإذا عدم المخلص حرم البيع ؛ وكذا لاتجوز المقلية بغير المقلية ولا بالسويق والدقيق ، ولا المطبوخة بغير المطبوخة لتعذر التساوى بينهما بفعل العبد ، وفعله لايؤثر فى إسقاط ما شرط عليه ، ويجوز بيع المبلولة بمثلها وباليابسة ، والرطبة بمثلها وباليابسة لأن التفاوت بينهما بصنع الله تعالى فيجوز ؛ وأما المبلولة فلأنها فى الأصل خلقت ندية ، فالبلّ يعيدها إلى ما خلقت عليه كأنها لم تتغير فصارت كالسليمة بالمسوسة والعلكة (١) بالرخوة . وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز بيع الدقيق بالسويق لأنهما جنسان نظرا إلى اختلاف المقصود ، وجوابه ما بينا ، ولأن معظم المقصود التغذى وهو يشملهما ، ويجوز بيع هذه الأشياء بعضها ببعض متماثلا للتساوى ؛ ويجوز بيع الخبز بالدقيق والحنطة كيف كان لأنه عددى أو وزنى بكيلى ، وكذلك إذا كان أحدهما نسيئة والآخر نقدا ، وفى هذه المسائل اختلاف وتفصيل والفتوى على ما ذكرته . قال (ويجوز بيع الرطب بالرطب وبالتمر متماثلا) وكذا التمر بالبسر والرطب بالبسر ، لأن الجنس واحد باعتبار الأصل . قال عليه الصلاة والسلام « التمر بالتمر مثلا بمثل » وصار كاختلاف أنواع التمر . وقال أبويوسف ومحمد : لايجوز بيع الرطب بالتمر لما روى أنه صلى الله عليه وسلم سئل عنه فقال « أو ينقص إذا جفّ ؟ قالوا نعم ، قال لا إذا » ولأن الرطب ينكبس أكثر من التمر . ولأبى حنيفة ماروى أنه لما دخل العراق سئل عن ذلك، فقال يجوز ، لأن الرطب إن كان من جنس التمر جاز لقوله عليه الصلاة والسلام « التمر بالتمر مثلا بمثل » وإن لم يكن تمرا جاز ، لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم » وردّ ما روياه من الحديث وقال : مداره على زيد بن عياش وهو ضعيف ، حتى قال عبد الله ابن المبارك : كيف يقال إن أبا حنيفة لايعرف الحديث وقد عرف مثل هذا الإسناد ؟ ولأنه باع التمر بالتمر لأن الرطب تمر ، قال عليه الصلاة والسلام لما أهدى له رطب من خيبر « أكلّ تمر خيبر هكذا ؟ » وقوله : الرطب ينكبس أكثر من التمر ، قلنا هذا التفاوت نشأ من الصفات الفطرية ، وأنه موضوع عنا فيما شرط علينا من رعاية المماثلة لأنه جاء من قبل صاحب الحقّ ، وقد تعذر الاحتراز عنه ، بخلاف ما إذا جاء من جهة العبد

(١) قوله العلكة ، قال الكمال : العلكة : الجيدة السالمة من السوس ، ومن ذلك يعلم أن الرخوة ضدّها اه مصححه .

وَيجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بالحَيَوَانِ (م) ، وَيجُوزُ بَيْعُ الكِرْبَاسِ بالقُطْنِ ، وَلا يَجُوزُ بَيْعُ الزَّيْتِ بالزَّيْتُونِ ، وَلا السِّمْسِمِ بالشَّيْرَجِ إلاَّ بِطَرِيقِ الاِعْتِبارِ ، وَلا رِبا بَيْنَ المُسْلِمِ والحَرْبِيِّ فى دارِ الحَرْبِ (س) ، وَيُكْرَهُ السَّفاتِجُ .

باب السلم

على ما مرّ آنفا . قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) وقال محمد : لايجوز إذا باعه بجنسه إلا بطريق الاعتبار ، وهو أن يكون اللحم المفرز أكثر من اللحم الذى فى الشاة ليكون الفاضل بالسقط تحرّزا عن الربا ، وهو زيادة السقط وصار كالزيت بالزيتون . ولهما أنه باع موزونا بعددى ولا يعرف ما فيه من اللحم بالوزن ، لأن الحيوان يخفف نفسه فى الميزان مرّة ويثقلها أخرى بخلاف الزيت والزيتون ، لأن ذلك يعرف عند أهل الخبرة به فافترقا . قال (ويجوز بيع الكرباس (١) بالقطن) لاختلاف الجنس باعتبار المقصود والمعيار ولا خلاف فيه ، والقطن بالغزل يجوز عند محمد لما ذكرنا ، خلافا لأبى يوسف للمجانسة والفتوى على قول محمد . قال (ولا يجوز بيع الزيت بالزيتون ، ولا السمسم بالشيرج إلا بطريق الاعتبار) تحرّزا عن الربا وشبهته ، وكذلك كلّ ما شابهه كالعنب بدبسه والجوز بدهنه وأمثاله ، واللحمان أجناس مختلفة يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا حتى لايكمل نصاب بعضها من الآخر ، إلا أن البقر والجواميس جنس ، والمعز والضأن جنس ، والبخت والعراب جنس ، وكذلك الألبان والشحم والألية جنسان ، وشحم الجنب لحم ويعرف تمامه فى الأيمان . قال (ولا ربا بين المسلم والحربىّ فى دار الحرب) خلافا لأبى يوسف ، وعلى هذا القمار لأن الربا والقمار حرام ، ولا يحلّ فى دارهم كالمستأمن فى دارنا . ولهما أن مالهم مباح ، إلا أنه بالأمان حرم عليه التعرّض بغير رضاهم تحرّزا عن الغدر ونقض العهد ، فإذا رضوا به حلّ أخذه بأىّ طريق كان بخلاف المستأمن ، لأن ماله صار محظورا بالأمان . قال (ويكره السفاتج) وهو قرض استفاد به المقرض أمن الطريق ، لقوله عليه الصلاة والسلام « كل قرض جرّ منفعة فهو ربا » وصورته أن يقرضه دراهم على أن يعطيه عوضها فى بلده ، أو على أن يحميه فى الطريق .

باب السلم

وهو فى اللغة : التقديم والتسليم وكذلك السلف . وهو فى الشرع : اسم لعقد يوجب الملك فى الثمن عاجلا وفى المثمن آجلا ، وسمى به لما فيه من وجوب تقديم الثمن ، وقال

(١) قوله الكرباس بكسر الكاف : ثوب من القطن الأبيض ، كذا فى القاموس .

كُلُّ ما أَمْكَنَ ضَبْطُ صِفَتِهِ وَمَعْرِفَةُ مِقْدَارِهِ جازَ السَّلَمُ فِيهِ ، وَمالا فَلا. وَشَرائِطُهُ : تَسْمِيَةُ الجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالوَصْفِ وَالأَجَلِ وَالقَدْرِ وَمَكانِ الإِيفاءِ (سم) إِنْ كانَ لَهُ حَمْلٌ وَمَئُونَةٌ ، وَقَدْرِ (سم) رَأْسِ المَالِ فِى المَكِيلِ وَالمَوْزُونِ وَالمَعْدُودِ ، وَقَبْضُ رَأْسِ المَالِ قَبْلَ المُفارَقَةِ ،

القدورى : السلم فى لغة العرب : عقد يتضمن تعجيل أحد البدلين وتأجيل الآخر ، وهو نوع من البيع ، لكن لما اختص بحكم وهو تعجيل الثمن اختصّ باسم كالصرف لما اختصّ بوجوب تعجيل البدلين اختص باسم ، وهو عقد شرع على خلاف القياس لكونه بيع المعدوم ، إلا أنا تركنا القياس بالكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه - قال ابن عباس : أشهد أن الله تعالى أجاز السلم وأنزل فيه أطول آية فى كتابه وتلا هذه الآية . وأما السنة قوله عليه الصلاة والسلام « من أسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص فى السلم وعليه الإجماع ؛ ويسمى بيع المفاليس شرع لحاجتهم إلى رأس المال ، لأن أغلب من يعقده من لايكون المسلم فيه فى ملكه ، لأنه لو كان فى ملكه يبيعه بأوفر الثمنين فلا يحتاج إلى السلم ، وينعقد بلفظ السلم ، وهو أن يقول : أسلمت إليك عشرة دراهم فى كرّ حنطة لأنه حقيقة فيه ، وبلفظ السلف أيضا لأنه بمعناه ، وبلفظ البيع فى رواية الحسن لأنه نوع بيع ، وفى رواية المجرّد لا ، والأوّل أصح . قال (كل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه) لأنه لايؤدّى إلى المنازعة (وما لا فلا) لأنه يكون مجهولا فيؤدّى إلى المنازعة ، وهذه قاعدة يبتنى عليها أكثر مسائل السلم ، ولا بدّ من ذكر بعضها ليعرف باقيها بالتأمّل فيها فنقول : يجوز فى المكيلات والموزونات والمزروعات والمعدودات المتقاربة كالجوز والبيض ، لأنه يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره ، ولا يجوز فى العدديات المتفاوتة كالبطيخ والرمان وأشباههما ، ولا فى الجوهر والخرز لأنه لايمكن فيه ذلك ، ويجوز فى الطست والقمقم والخفين ونحوها لما ذكرنا ، ولا يجوز فى الخبز لتفاوته تفاوتا فاحشا بالثخانة والرقة والنضج ، ويجوز عندهما وهو المختار لحاجة الناس ، ولا يجوز استقراضه عند أبى حنيفة لتفاوته عددا من حيث الخفة والثقل ، ووزنا من حيث الصنعة . وعند أبى يوسف يجوز وزنا لاعددا ، لأن الوزن أعدل. وعند محمد يجوز بهما وهو المختار لتعامل الناس به وحاجتهم إليه . قال (وشرائطه تسمية الجنس والنوع والوصف والأجل والقدر ومكان الإيفاء إن كان له حمل ومئونة وقدر رأس المال فى المكيل والموزون والمعدود وقبض رأس المال قبل المفارقة) لأن بذكر هذه الأشياء تنفى الجهالة وتقطع المنازعة ، وعند عدمها

. . . .

يكون المسلم فيه مجهولا فتفضى إلى المنازعة ، فالجنس كالحنطة والتمر والنوع كالبرنى ، والمكتوم فى التمر وفى الحنطة كسهلية وجبلية ، والوصف كالجيد والردىء ، والأجل كقوله إلى شهر ونحوه وهو شرط ، قال عليه الصلاة والسلام « إلى أجل معلوم » ولما بينا أنه شرع دفعا لحاجة المفاليس ، فلا بدّ من التأجيل ليقدر على التحصيل وتقديره إلى المتعاقدين ، ذكره الكرخى . وعن الطحاوى أقله ثلاثة أيام ، رواه عن أصحابنا اعتبارا بمدّة الخيار . وروى عنهم لو شرط نصف يوم جاز لأن أدنى مدّة الخيار لاتتقدر فكذلك أجل السلم . وعن محمد شهر وهو الأصح ، لأنه أدنى الآجل وأقصى العاجل . وأما القدر فقوله كذا قفيزا وكذا رطلا ، وهو شرط لقوله عليه الصلاة والسلام « فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم » وأما مكان الإيفاء فقولنا فى مكان كذا ، وإنما يشترط إذا كان له حمل ومئونة ، وقالا : لايشترط ويوفيه فى مكان العقد ، لأن مكان العقد متعين لعدم المزاحمة كما فى البيع وكما فيما لاحمل له . وله أن التسليم غير واجب فى الحال ، وإنما يجب إذا حلّ الأجل ولا يدرى أين يكون عند حلوله فيحتاج إلى بيان موضع الإيفاء قطعا للمنازعة ، ولأن القيمة تختلف باختلاف الأماكن ، بخلاف البيع لأنه يوجب التسليم فى الحال ، ولا منازعة فيما لاحمل له ، وعلى هذا الخلاف الأجرة والثمن إذا كان له حمل ، والقسمة وهو أن يزيد على أحد النصيبين شيئا له حمل ومئونة ، وإذا شرط مكانا يتعين عملا بالشرط ؛ وأما ما ليس له حمل ومئونة كالمسك والكافور ونحوهما لايشترط ذلك بالإجماع ، وهل يتعين مكان العقد ؟ عنه روايتان ، الأصحّ أنه يتعين ، ولو شرط له مكانا قيل لايتعين لعدم الفائدة ، وقيل يتعين للفائدة ، لأن قيمة العنبر فى المصر أكثر منها فى السواد ، ولأن فيه أمن خطر الطريق . وأما بيان قدر رأس المال فمذهب أبى حنيفة ، وقالا : يكتفى بالإشارة لأنه يصير معلوما بها وصار كالثوب إذا كان رأس المال . وله أنه يفضى إلى المنازعة لأنه ربما يجد بعضها زيوفا وقد أنفق البعض فيردّه ولا يستبدل فى المجلس ، وفى المثليات ينقسم المسلم فيه على قدر رأس المال فينتقض السلم بقدر ماردّ ، ولا يدرى قدر الباقى فيفضى إلى المنازعة ، والموهوم فى هذا العقد كالمتحقق لشرعيته على خلاف القياس ، بخلاف الثوب لأن العقد لايتعلق على مقداره ، وعلى هذا إذا أسلم فى جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما ، أو أسلم الدراهم والدنانير ولم يبين مقدار أحدهما . وصورة المسئلة أن يقول : أسلمت إليك هذه الدراهم فى كرّ حنطة ونحوه ، أو أسلمت إليك هذه الدراهم العشرة وهذه الدنانير فى كذا ، أو يقول : أسلمت إليك عشرة دراهم فى كرّ حنطة وكرّ شعير ، أو فى ثوبين مختلفين ولم يبين حصة كل واحد منهما ، ولو كان رأس المال غير مثلى كالثوب والحيوان يجوز وإن لم يعلم قيمته وذرعه ، لأن المسلم فيه لاينقسم على عدد الذرعان لتفاوتها فى الجودة ،

. . . .

ولا على القيمة لأنها غير داخلة فى العقد فلا يفيد معرفتها فلا يعتبر . وأما قبض رأس المال قبل المفارقة فلأن السلم أخذ عاجل بآجل على مامرّ ، فيجب قبض أحد البدلين ليتحقق معنى الاسم ، ولا يجب قبض المسلم فيه فى الحال فيجب قبض رأس المال ، ثم إن كان رأس المال دينا يصير كالئا بكالئ وإنه منهيّ عنه . وإن كان عينا فالقياس أن القبض ليس بشرط لأنه يتعين فقد افترقا عن دين بعين ، والاستحسان أنه شرط عملا بالخبر ومقتضى لفظ السلم ، ولهذا لايجوز فيه خيار الشرط لأنه يمنع صحة التسلم فيخلّ به ، ولا يجوز أخذ عوض رأس المال من جنس آخر لأنه يفوّت قبض رأس المال المشروط ، وكذا لايجوز الإبراء منه لما بينا ، فان قبل الإبراء سقط القبض وبطل العقد ، وإن ردّه لم يبطل لأنه صحّ بتراضيهما فلايبطل إلا بتراضيهما ، فان أعطاه من جنسه أردأ منه ورضى المسلم إليه به جاز لأنه ليس بعوض وإن خالف فى الصفة ، وكذلك إن أعطى أجود منه ، ويجبر على الأخذ خلافا لزفر . له أنه تبرّع عليه بالجودة فله أن لايقبل . ولنا أن الجودة لاتخرجه عن الجنس وهى غير منفردة عن العين فلا يعتبر فيه الرضى إذا تبرّع بها كالرجحان فى الوزن . وأما المسلم فيه فالإبراء عنه صحيح لأنه دين لايجب قبضه فى المجلس فيصحّ الإبراء عنه كسائر الديون ، ولا يجوز أن يأخذ عوضه من خلاف جنسه . قال عليه الصلاة والسلام « من أسلم فى شىء فلا يصرفه إلى غيره » وعن الصحابة موقوفا ومرفوعا « ليس لك إلا سلمك أو رأس مالك» فانْ أعطاه من الجنس أجود أو أردأ جاز على ما تقدّم . وشرط آخر وهو أن لايجتمع فى البدلين أحد وصفى علة الربا حتى لايجوز إسلام الهروى فى الهروى ، ولا إسلام الكيلى فى الكيلى كالحنطة فى الشعير ولا الوزنى فى الوزنى كالحديد فى الصفر أو فى الزعفران ونحو ذلك لقوله « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد ، ولا خير فى نسيئة » وهذا مطرد إلا فى الأثمان فانه يجوز إسلامها فى الوزنيات ضرورة لحاجة الناس ، ولأن الأثمان تخالف غيرها من الوزنيات فى صفة الوزن ، لأنها توزن بصنجات الدراهم والدنانير ، وغيرها يوزن بالأرطال والأمنان ، والأثمان لاتتعين بالتعيين وغيرها يتعين فلم يجمعهما أحد وصفى العلة من كلّ وجه ، فجاز إسلام أحدهما فى الآخر ، ولو أسلم مكيلا فى مكيل وموزون ولم يبين حصة كل واحد منهما كما إذا أسلم كرّ حنطة فى كرّ شعير وعشرة أرطال زيت فانه يبطل فى الكلّ ، وقالا : يجوز فى حصة الموزون بناء على أن الصفقة متى فسدت فى البعض فسدت فى الكلّ عنده ، وعندهما يفسد بقدر المفسد لأنه وجد فى البعض فيقتصر عليه ، كما إذا باع عبدين أحدهما مدبر ، وله أنه فساد قوى تمكن فى صلب العقد فيشيع فى الكلّ كما إذا ظهر أحد العبدين حرّا أو أحد الدنين خمرا ، بخلاف المدبر فان حرمة بيعه ليس مجمعا عليه ، ولا يجوز السلم فى ما لايتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير ، لأن البيع بها يجوز نسيئة فلا حاجة إلى السلم فيهما ، وهل يجوز فى التبر ؟ فيه روايتان ، ويجوز

وَلَايَصِحُّ فِى المُنْقَطِعِ وَلَا فِى الجَوَاهِرِ ، وَلَا فِى الحَيَوَانِ وَلَحْمِهِ (سم) وَأَطْرَافِهِ وَجُلُودِهِ ، وَيَصِحُّ فِى السَّمَكِ المَالِحِ وَزْنًا ، وَلَا يَصِحُّ بِمِكْيَالٍ بِعَيْنِهِ لَايُعْرَفُ مِقْدَارُهُ ، وَلَا فِى طَعَامِ قَرْيَةٍ بِعَيْنِهَا ،

فى الحلى لأنه يتعين ، وفى الفلوس عندهما خلافا لمحمد وقد مرّ . قال (ولا يصحّ فى المنقطع) بمعنى أنه لابدّ من وجوده من وقت العقد إلى وقت المحلّ لأن القدرة على التسليم إنما تكون بالقدرة على الاكتساب فى المدّة ، وفى مدّة انقطاعه لايقدر على ذلك ، وربما أفضى إلى العجز عن التسليم وقت المحلّ ، وإليه الإشارة بقوله عليه الصلاة والسلام « لاتسلفوا فى الثمار حتى يبدو صلاحها » والانقطاع أن لايوجد فى سوقه الذى يباع فيه وإن كان يوجد فى البيوت ، ولا يجوز فيما لايوجد فى ذلك الإقليم كالرطب فى خراسان وإن كان يوجد فى غيره من الأقاليم لأنه فى معنى المنقطع ، ولو حلّ السلم فلم يقبضه حتى انقطع عن أبى حنيفة رحمه الله أنه يبطل السلم ، وقيل إن شاء انتظر وجوده ، وإن شاء أخذ رأس ماله ، كاباق العبد المبيع وتخمر العصير قبل القبض . قال (ولا فى الجواهر) لتفاوت آحادها تفاوتا فاحشا حتى لو لم تتفاوت كصغار اللؤلؤ الذى يباع وزنا ، قالوا يجوز لأنه وزنى . قال (ولا فى الحيوان ولحمه وأطرافه وجلوده) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم فى الحيوان لأنه مما يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا باعتبار معانيه الباطنة ، وذلك يوجب التفاوت فى المالية فيؤدّى إلى النزاع . وأما اللحم فمذهب أبى حنيفة رحمه الله ، وقالا : إذا سمى من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لأنه وزنىّ معلوم القدر والصفة فيجوز . وله أنه يتفاوت تفاوتا فاحشا بكبر العظم وصغره ، فعلى هذا يجوز فى منزوع العظم ، وهى رواية الحسن ، ويتفاوت بالسمن والهزال أيضا ، فعلى هذا لايجوز أصلا وهو رواية ابن شجاع ، ولو استهلك لحما ضمنه بالقيمة عند أبى حنيفة رحمه الله ذكره فى المنتقى . وقال فى الجامع بالمثل ويجوز استقراضه فى الأصح ، والفرق لأبى حنيفة أن القرض والضمان يجبان حالا فتكون صفته معلومة ولا كذلك السلم . وأما أطرافه وجلوده فلأنها عددى متفاوت تفاوتا يؤدى إلى المنازعة ، والمراد بالأطراف الرءوس والأكارع . أما الشحوم والألية يجوز السلم فيها لأنها وزنى معلوم القدر والصفة . قال (ويصحّ فى السمك المالح وزنا) لأنه لاينقطع ، وكذلك الطرىّ الصغار فى حينه . وفى الكبار عن أبى حنيفة روايتان ، المختار الجواز وهو قولهما لأن السمن والهزال غير معتبر فيه عادة . وقيل الخلاف فى لحم الكبار منه . قال (ولا يصحّ بمكيال بعينه لايعرف مقداره) لأنه ربما هلك المكيال قبل حلول الأجل فيعجز عن التسليم . وكذا ذراع بعينه ، أو وزن حجر بعينه ، ولا بدّ أن يكون المكيال مما لاينقبض وينبسط كالخشب والحديد ليكون معلوما فلا يؤدى إلى النزاع . أما ما ينقبض وينبسط كالجراب والزنبيل يزداد وينتقص فيؤدى إلى النزاع . قال (ولا فى طعام قرية بعينها) لأنه قد لايسلم

وَيَجُوزُ فى الثِّيابِ إذا سُمِّىَ طُولاً وعَرْضًا ورُقْعَةً ، وفى اللَّبِنِ إذا عَيَّنَ المِلْبَنَ ، ولا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فى المُسْلَمِ فِيهِ قَبْلَ القَبْضِ ولا فى رأسِ المالِ قَبْلَ القَبْضِ وإذا استَصْنَعَ شَيْئًا جازَ استِحْسانا (ز) ، ولِلْمُشْتَرِى خِيارُ الرُّؤْيَةِ ، ولِلصَّانِعِ بَيْعُهُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ ،

طعامها إما بآفة أو لاتنبت شيئا ، وكذا ثمرة نخلة بعينها . قال عليه الصلاة والسلام « أرأيت لو أذهب الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال صاحبه ؟ » وروى « أنه عليه الصلاة والسلام أسلم إلى زيد بن سعفة فى تمر فقال : أسلم إلىّ فى تمر نخلة بعينها فقال عليه الصلاة والسلام : أما فى تمر نخلة بعينها فلا » . قال (ويجوز فى الثياب إذا سمى طولا وعرضا ورقعة) لأنه إذا ذكر مع الجنس والنوع والصفة فالتفاوت بعده يسير غير معتبر ، وهذا استحسان لحاجة الناس إليه ، وهل يشترط الوزن فى الحرير ؟ الأصحّ اشتراطه ، لأن التفاوت فيه من حيث الوزن معتبر ؛ وقيل إن كان إذا ذكر الطول والعرض والرقعة لايتفاوت وزنه لاحاجة إلى ذكر الوزن لعدم التفاوت ، وإن كان يختلف وزنه فلا بدّ من ذكر الوزن، واختاره القدورى ، وإذا أطلق الذراع فله الوسط إلا أن يكون معتادا فله المعتاد . قال (وفى اللبن إذا عين الملبن) (١) لأنه عددى متقارب إذا بين الملبن وكذلك الآجر . وعن أبى حنيفة : لو باع مائة آجرة من أتون (٢) لايجوز للتفاوت فى النضج . قال (ولا يجوز التصرّف فى المسلم فيه قبل القبض) لأنه مبيع ، وقد بينا أن التصرّف فى المبيع قبل القبض لايجوز ، وكذلك الشركة والتولية لأنهما تصرّف (ولا فى رأس المال قبل القبض) لأنه يجب قبضه للحال لما بينا ، فإذا تصرّف فيه فات القبض فلا يجوز .

فصل

(وإذا استصنع شيئا جاز استحسانا) اعلم أن القياس يأبى الجواز وهو قول زفر ، لأنه بيع المعدوم لكن استحسنا جوازه للتعامل بين الناس من غير نكير فكان إجماعا ، وبمثله يترك القياس والنظر ويخصّ الكتاب والخبر ، ثم قيل هى مواعدة حتى يكون لكلّ واحد منهما الخيار ، والأصحّ أنها معاقدة لأن فيه قياسا واستحسانا ، وفرق بين ما جرت به العادة وما لا ، وذلك من خصائص العقود ، وينعقد على العين دون العمل حتى لو جاء بعين من غير عمله جاز (وللمشترى خيار الرؤية) لأنه اشترى ما لم يره (وللصانع بيعه قبل الرؤية) لأنه ملكه والعقد لم يقع على هذا بعينه ، فإذا رآه المستصنع ورضى به لم يكن للصانع بيعه

---

(١) قوله الملبن ، ضبطه فى مختار الصحاح بكسر الميم وفتح الباء وهو قالب اللبن : أى الطوب الأخضر . (٢) الأتون بالتشديد : الموقد ، والعامّة تخففه .

وَإِنْ ضَرَبَ لَهُ أَجَلاً صَارَ سَلَماً (سم) .

باب الصرف

وَهُوَ بَيْعُ جِنْسِ الأثمانِ بَعْضِهِ بِبَعْضٍ ، وَيَسْتَوِى فى ذلكَ مَضْرُوبُهُمَا وَمَصُوغُهُمَا وَتِبْرُهُمَا ، فإنْ باعَ فِضَّةً بِفِضَّةٍ أوْ ذَهَبا بِذَهَبٍ لَمْ يَجُزْ إلاَّ مِثْلاً بِمِثْلٍ يَداً بِيَدٍ ؛

لأنه تعين ، ثم إنما يجوز فيما جرت به العادة من أوانى الصفر والنحاس والزجاج والعيدان والخفاف والقلانس والأوعية من الأدم والمناطق وجميع الأسلحة ، ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالجباب ونسج الثياب ، لأن المجوّز له هو التعامل على ما مرّ فيقتصر عليه . قال (وإن ضرب له أجلا صار سلما) فيشترط له شرائط السلم ، وقالا : لا يصير سلما لأنه استصناع حقيقة ، فبضرب الأجل لا يصير سلما ، كما لا يصير السلم استصناعا بحذف الأجل . ولأبى حنيفة أنه أتى بمعنى السلم فيكون سلما ، لأن العبرة للمعانى لا للصور ، ولأنه أمكن جعله سلما فيجعل لورود النصّ بجواز السلم دون الاستصناع . وجوابهما أن حذف الأجل ليس من خواص الاستصناع ، أما الأجل من خواص السلم ويكتفى فى الاستصناع بصفة معروفة تحتمل الإدراك ،ولا بدّ فى السلم من استقصاء الصفة على وجه يتيقن بالإدراك فافترقا .

باب الصرف

وهو فى اللغة الدفع والردّ ، ومنه الدعاء : اصرف عنا كيد الكائدين ، وصرف الله عنك السوء . وفى الشريعة : بيع الأثمان بعضها ببعض ، سمى به لوجوب دفع ما فى يد كل واحد من المتعاقدين إلى صاحبه فى المجلس . قال(وهو بيع جنس الأثمان بعضه ببعض ، ويستوى فى ذلك مضروبهما ومصوغهما وتبرهما ، فان باع فضة بفضة أو ذهبا بذهب لم يجز إلا مثلا بمثل يدا بيد) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « الذهب بالذهب مثلا بمثل يدابيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثلا بمثل يدابيد والفضل ربا » ولقول عمر رضى الله عنه : وإن استنظرك إلى وراء السارية فلا تنظره .ولأنه لابدّ من قبض أحد العوضين ليخرج من بيع الكالئ بالكالئ وليس أحدهما أولى من الآخر فيقبضان ، ولأنه إذا قبض أحدهما يجب قبض الآخر تحقيقا للمساواة ، والمعتبر فى ذلك المفارقة بالأبدان حتى لو تصارفا وسارا عن مجلسهما كثيرا ثم تقابضا جاز مالم يفترقا ، وكذلك مجلس عقد السلم ، ولو تصارفا ووكلا بالقبض فالمعتبر تفرّق العاقدين لا تفرّق الوكيلين ، ولوناما جالسين لم يكن

وَلا اعْتِبارَ بالصِّياغَةِ وَالجَوْدَةِ ، فانْ باعَها مُجازَفَةً ثُمَّ عُرِفَ التَّساوى فى المَجْلِس جازَ وَإلاَّ فَلا ، وَيَجُوزُ بَيْعُ أحَدِهِما بالآخَرِ مُتَفاضِلاً وَمُجازَفَةً مُقابَضَةً ، وَيَجُوزُ بَيْعُ دِرْهَمَيْنِ وَدِينارٍ بِدِينارَيْنِ وَدِرْهَم وَبَيْعُ أحَدَ عَشَر دِرْهَما بِعَشْرَةٍ وَدِينارٍ (ز) ، وَمَنْ باعَ سَيْفاً مُحَلًّى بِثَمَنٍ أكْثَرَ مِنْ قَدْرِ الحِلْيَةِ جازَ وَلابُدَّ مِنْ قَبْضِ قَدْرِ الحِلْيَةِ قَبْلَ الافْتِراقِ .

فرقة ، ولو ناما مضطجعين كان فرقة ، ولا يجوز خيار الشرط لأنه ينفى استحقاق القبض ولا الأجل لأنه يفوت القبض الذى هو شرط الصحة ، فان أسقطهما قبل التفرّق جاز خلافاً لزفر وقد مرّ ، ولو اشترى بثمن الصرف عرضا قبل قبضه فهو فاسد ، لأنه يفوّت القبض المستحقّ بالعقد ، وكذا كل تصرّف فى بدل الصرف قبل قبضه لما بينا ، قال (ولا اعتبار بالصياغة والجودة) لقوله عليه الصلاة والسلام فى آخر الحديث « جيدها ورديئها فيه سواء » (فان باعها مجازفة ثم عرف التساوى فى المجلس جاز وإلا فلا) لما عرف أن ساعات المجلس كساعة واحدة فصار كالعلم فى ابتدائه ؛ وإن لم يعلما لا يجوز لاحتمال الربا ، لأن الشرط وهو المساواة يجب علينا تحصيله ، أما وجوده فى علم الله تعالى لايصلح أن يكون شرطا ، لأن الأحكام تنبنى على أفعال العباد تحقيقا لمعنى الابتلاء ، وتعتبر فى الدارهم والدنانير الغلبة كما تقدّم فى الزكاة ، فان تساويا فهى كالجياد فى الصرف احتياطا للحرمة . قال (ويجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا ومجازفة مقابضة) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد » . وقال عليه الصلاة والسلام « الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء » ولو افترقا قبل القبض بطل العقد لفوات الشرط . قال (ويجوز بيع درهمين ودينار بدينارين ودرهم ، وبيع أحد عشر درهما بعشرة ودينار) وكذا درهمين وديناربن بدينار ودرهم ، وكذا كرّى حنطة وكرّ شعير بكرّ حنطة وكرّى شعير . والأصل فى ذلك أن عندنا يصرف كلّ واحد من الجنسين إلى خلافه حملا لتصرفهما على الصحة ، وفيه خلاف زفر ، فانه يصرف الجنس إلى جنسه لأنه أسهل عند المقابلة . ولنا أنهما قصدا الصلة ظاهرا فيحمل عليه تحقيقا لقصدهما ودفعا لحاجتهما ؛ ولو باع الجنس بمثله وأحدهما أقل ومعه عرض إن بلغت قيمة العرض قدر النقصان جاز ولا كراهة فيه ، وإن لم تبلغ جاز مع الكراهة ، وإن كان مما لا قيمة له لايجوز لأنه ربا . قال (ومن باع سيفا محلى بثمن أكثر من قدر الحلية جاز) ومراده إذا كان الثمن من جنس الحلية جاز لتكون الحلية بمثلها والزيادة بالنصل والحمائل والجفن ، وإن كان مثلها أو أقل لا يجوز لأنه ربا ، وإن كان بخلاف جنسها جاز كيف كان لجواز التفاضل على ما بينا (ولا بدّ من قبض قدر الحلية قبل الافتراق) لأنه صرف ،

وَإِنْ باعَ إناءَ فِضَّةٍ ، أوْ قِطْعَةَ نُقْرَةٍ ، فَقَبَضَ بَعْضَ الثَّمَنِ ثُمَّ افْتَرَقا صارَ شَرِكَةً بَيْنَهُما ، فانِ اسْتُحِقَّ بَعْضُ الإناءِ ، فانْ شاءَ المُشْتَرِى أخَذَ الباقِىَ بِحِصَّتِهِ ، وَإِنْ شاءَ رَدَّهُ ، وَلَوِ اسْتُحِقَّ بَعْضُ القِطْعَةِ أخَذَ الباقِىَ بِحِصَّتِهِ وَلا خِيارَ لَهُ ؛ وَيَجُوزُ البَيْعُ بالفُلُوسِ ، فان كانَتْ كاسِدَةً عَيَّنَها ، وَإِنْ كانَتْ نافِقَةً لَمْ يُعَيِّنْها ، فانْ باعَ بِها ثُمَّ كَسَدَتْ بَطَلَ البَيْعُ (سم) ؛ وَمَنْ أعْطَى صَيْرَفِيًّا دِرْهَما وَقالَ : أعْطِنِى بِهِ فُلُوسا وَنِصْفا إلاَّ حَبَّةً جازَ .

ولو اشتراه بعشرين درهما والحلية عشرة دراهم فقبض منها عشرة فهى حصة الحلية وإن لم يعينها حملا لتصرّفه على الصحة ، وكذا إذا قال خذها من ثمنهما لأن قصده الصحة ، وقد يراد بالاثنين أحدهما كقوله تعالى ـ يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان ـ وكذا إن اشتراه بعشرين عشرة نقدا وعشرة نسيئة ، فالنقد حصة الحلية لما تقدّم ؛ فان افترقا لاعن قبض بطل البيع فيهما إن كانت الحلية لا تتخلص إلا بضرر كجذع فى سقف ، وإن كانت تتخلص جاز فى السيف وبطل فى الحلية كالطوق فى عنق الجارية ، وقس على هذا جميع أمثالها . قال (وإن باع إناء فضة أو قطعة نقرة فقبض بعض الثمن ثم افترقا صار شركة بينهما) فيكون للمشترى فيه بقدر ما نقد من الثمن ، ولا خيار له ، لأن العيب جاء من قبله حيث لم ينقد جميع الثمن (فان استحق بعض الإناء ، فان شاء المشترى أخذ الباقى بحصته ، وإن شاء ردّه) لأن الشركة عيب فى الإناء (ولو استحقّ بعض القطعة أخذ الباقى بحصته ولا خيار له) لأن التشقيص لا يضرّ القطعة فلم تكن الشركة فيه عيبا . قال (ويجوز البيع بالفلوس) لأنها معلومة (فإن كانت كاسدة عينها) لأنها عروض (و إن كانت نافقة لم يعينها) لأنها من الأثمان كالذهب والفضة (فإن باع بها ثم كسدت بطل البيع) خلافا لهما لأن البيع صحّ فلا يفسد لتعذر التسليم بالكساد ، كما إذا اشترى بشىء من الفواكه وانقطع فتجب قيمتها ، غير أن أبا يوسف يوجبها يوم البيع لأن الثمن مضمون به ، ومحمدا يوم الكساد لأن عنده تنتقل إلى القيمة . ولأبى حنيفة أن ثمنية الفلوس بالاصطلاح فيهلك بالكساد فيبقى المبيع بلا ثمن فيبطل ، فيرد المبيع أو قيمته إن كان هالكا . قال (ومن أعطى صيرفيا درهما وقال أعطنى به فلوسا ونصفا إلا حبة جاز) ويصرف النصف إلا حبة إلى مثله من الدرهم والباقى إلى الفلوس تصحيحا لتصرّفهما ، وقد تقدّم جنسه ، والله أعلم .

كتاب الشفعة

وَلا شُفْعَةَ إلاَّ فى العَقارِ ، وَتَجِبُ فى العَقارِ سَوَاءٌ كانَ مِمَّا يُقْسَمُ أوْ مِمَّا لايُقْسَمُ ، وَتَجِبُ إذَا مَلَكَ العَقارَ بِعِوَضٍ هُوَ مالٌ ،

كتاب الشفعة

وهى الضمّ ، ومنه الشفع فى الصلاة ، وهو ضمّ ركعة إلى أخرى ، والشفع : الزوج الذى هو ضدّ الفرد ، والشفيع لانضمام رأيه إلى رأى المشفوع له فى طلب النجاح ، وشفاعة النبىّ صلى الله عليه وسلم للمذنبين لأنها تضمهم إلى الصالحين ، والشفعة فى العقار لأنها ضمّ ملك البائع إلى ملك الشفيع ، وهى تثبت للشفيع بالثمن الذى بيع به رضى المتبايعان أو سخطا ، ولهذا المعنى كانت على خلاف القياس،إلا أنا استحسنا ثبوتها بالنصّ ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الجار أحقّ بشفعته » رواه جابر ، وقال عليه الصلاة والسلام « جار الدار أحقّ بشفعة الدار » وكان أبو بكر الرازى ينكر هذا القول ويقول : وجوب الشفعة مجمع عليه أصل من الأصول المقطوع بها لا يقال إنه استحسان . قال (ولا شفعة إلا فى العقار) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا شفعة إلا فى ربع أو حائط » ولأن الشفعة وجبت فى العقار لدفع ضرر الدخيل فيما هو متصل على الدوام على ما نبينه إن شاء الله تعالى والمنقول ليس كذلك ، لأنه لا يدوم دوام العقار فلا يلحق به (وتجب فى العقار سواء كان مما يقسم) كالدور والحوانيت والقرى (أو مما لا يقسم) كالبئر والرحى والطريق ، لأن النصوص الموجبة للشفعة لا تفصل وسببها الملك المتصل ، والمعنى الذى وجبت له دفع ضرر الدخيل ، وذلك لا يختلف فى النوعين . وقال عليه الصلاة والسلام « الشفعة فى كلّ شرك ربع أو حائط » (وتجب إذا ملك العقار بعوض هو مال) حتى لو ملكه بعوض ليس بمال كالنكاح والخلع والإجارة والصلح عن دم العمد لا تجب الشفعة ، وكذا لو ملكه لا بعوض كالهبة والوصية والصدقة والإرث ، لأن الشفيع إنما يأخذها بمثل ما أخذها به الدخيل أو بقيمته ، وهذه الأشياء لا مثل لها ولا قيمة ، أما الخالية عن الأعواض فظاهر . وأما المقابلة بالأعواض المذكورة ، أما عدم المماثلة فظاهر ، وأما القيمة فلأن قيمتها غير معلومة حقيقة،لأن القيمة ما تقوم مقام المقوّم فى المعنى ، وأنه لا يتحقق فى هذه الأشياء ، وإنما تقومت فى النكاح والإجارة بمهر المثل وأجرة المثل ضرورة صحة العقد فلا يتعدّاهما ، وتجب فى الموهوب بشرط العوض ابتداء لأنه بيع انتهاء على ما يأتيك فى الهبة ، وكذا تجب

وَتجِبُ بَعْدَ البَيْعِ ، وَتَستَقِرّ بالإشْهادِ ، وَتُملَكُ بالأخْذِ ، وَالمُسْلِمُ وَالذمّى وَالمأذُونُ وَالمُكاتَبُ وَمُعْتَقُ البَعْضِ سَوَاءٌ ، وَتجِبُ لِلْخَلِيطِ فى نَفْسِ المَبيعِ ثُمّ فى حَقّ المَبِيعِ ، ثُمّ لِلْجارِ ،

فى الصلح عن إقرار أو سكوت (١) ، لأنه مقابلة المال بالمال على ما يأتى فى الصلح إن شاء الله تعالى . قال (وتجب بعد البيع) لأن بالرغبة عن الملك تجب الشفعة ، وبالبيع يعرف ذلك ، ولهذا لو أقرّ المالك بالبيع أخذها الشفيع وإن كذبه المشترى ، وخيار البائع يمنع الشفعة لأنها لم تخرج عن ملكه ، وخيار المشترى لايمنعه لخروجها عن ملك البائع ، وخيار الرؤية والعيب لايمنع . قال(وتستقرّ بالإشهاد) لأن بالإشهاد يعلم طلبه إذ لابدّ من طلب المواثبة على ما يأتى ، فيحتاج إلى إثباته عند القاضى وذلك بالإشهاد ، فاذا شهد به الشهود استقرّت . قال (وتملك بالأخذ) إذا أخذها من المشترى أو حكم له بها حاكم ، لأن بالعقد تمّ الملك للمشترى فلا ينتقل عنه إلا برضاه أو بقضاء كالرجوع فى الهبة ، حتى لو باع الشفيع ما يشفع به قبل ذلك الطلب بعدالطلب بطلت شفعته ، وكذا لومات فى هذه الحالة بطلت ولا تورث . قال(والمسلم والذمى والمأذون والمكاتب ومعتق البعض سواء) لعموم النصوص ، ولأن السبب موجود وهو الاتصال ، والمعنى يشملهم وهو دفع الضرر . قال (وتجب للخليط فى نفس المبيع ، ثم فى حق المبيع ، ثم للجار) أما الخليط فلقوله عليه الصلاة والسلام « الشفعة لشريك لم يقاسم » وأما فى حقّ المبيع فلقوله عليه الصلاة والسلام (٢) « جار الدار أحقّ بشفعة الدار والأرض ، وينتظر إن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا » وأما الجار فلما تقدّم ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « الجار أحقّ بسقبه » أى بسبب قربه . وروى أنه قيل : يا رسول الله ما سقبه ؟ قال : « شفعته » ولأنها تثبت لدفع ضرر الجار من حيث إيقاد النار ، وإثارة الغبار ، وإعلاء الجدار ؛ وتجب على ما ذكرنا من الترتيب لقوله عليه الصلاة والسلام « الشريك أحقّ من الخليط ، والخليط أحقّ من غيره » وفى رواية « والخليط أحقّ من الجار » فالشريك فى الرقبة ، والخليط فى الحقوق ، ولأن الشريك أخصّ بالضرر ، ثم الخليط ، ثم الجار ، لأن الشريك شاركهما فى المعنى وزاد ، وكذلك الخليط شارك الجار وزاد عليه فيترجح لقوّة السبب ، فان سلم الشريك فى الرقبة يصير كأن

---

(١) أما فى الإقرار فظاهر سواء وقع الصلح عنها أو عليها . وأما فى السكوت فيحمل على ما إذا وقع الصلح عليها ، أما لو وقع عنها لاتجب الشفعة فيها كما صرّح به فى المجمع وغيره .

(٢) قوله : فلقوله عليه الصلاة والسلام ، ذكر الإمام الزيلعى فى شرحه على الكنز هذا الحديث بلفظ آخر هذا نصه « الجار أحقّ بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا » .

وَتُقْسَمُ عَلَى عَدَدِ الرءُوسِ ، وَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ يَنْبَغِى أَنْ يُشْهِدَ فى مَجْلِسِ عِلْمِهِ عَلَى الطَّلَبِ ، فانْ لَمْ يُشْهِدْ بَعْدَ التَّمَكُّنِ مِنْهُ بَطَلَتْ ، ثُمَّ يُشْهِدُ عَلَى البائِعِ إِذَا كانَ المَبِيعُ فى يَدِهِ أَوْ عَلَى المُشْتَرِى أَوْ عِنْدَ العَقَارِ ،

لم يكن فيأخذها الشريك فى الحقوق ، فان سلم أخذها الجار ؛ والمراد الجار الملاصق وإن كان بابه إلى سكة أخرى ، لأنه هو الذي يستضرّ بما ذكرنا من المعانى . وعن أبى يوسف لاحقّ لهما مع الشريك فى الرقبة وإن سلم ، لأنه حجبهما فلا حقّ لهما معه كالحجب فى الميراث ، ووجه الظاهر ما ذكرنا ، ولأنهم استووا فى السبب لكنه تقدم لما ذكرنا ، فاذا سلم عمل السبب فى حقهما لزوال المانع كالدين بالرهن وبغير رهن إذا أسقط المرتهن حقه وحقّ المبيع الطريق الخاصّ وهو ما لايكون نافذا ، والنهر الخاصّ وهو ما لاتجرى فيه السفن . قال (وتقسم على عدد الرءوس) وصورته دار بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس ، باع أحدهم نصيبه فالشفعة للباقين على السواء لاستوائهما فى السبب وهو الاتصال ، ألا ترى أنه لو انفرد أحدهم أخذ الجميع ، فدلّ على استوائهم فى السبب ، وكذا المعنى يشملهم وهو لحوق الأذى فيستوون فى الاستحقاق ، وكذا لو كان لهما جاران أحدهما ملاصق من ثلاث جوانب والآخر من جانب واحد ، فهما سواء لاستوائهما فى لحوق الضرر والسبب . قال (وإذا علم الشفيع بالبيع ينبغى أن يشهد فى مجلس علمه على الطلب) وهذا طلب المواثبة وهو على الفور . قال عليه الصلاة والسلام « الشفعة لمن واثبها » وقال عليه الصلاة والسلام « إنما الشفعة كنشطة عقال ، إن قيدتها ثبتت وإلا ذهبت » وروى عن محمد أنه على المجلس لأنه تمليك فيحتاج إلى التروّى والنظر فلا يبطل خياره ما لم يوجد منه ما يدلّ على الإعراض كخيار القبول والمخيرة (فان لم يشهد بعد التمكن منه بطلت) لأنه دليل الإعراض ، ولا تبطل إذا حمد الله أو سبحه أو سلم أو شمّت لأنه لايدلّ على الإعراض ؛ وكذا إذا سأل عن المشترى وكمية الثمن وماهيته لأنه دليل الطلب ، ولو كان فى الأربعة بعد الجمعة أو قبل الظهر فأتمها لم تبطل ، ولو زاد على ركعتين فى غيرها من السنن بطلت ، ثم هذا الطلب إنما يجب عليه إذا أخبره به رجل عدل ، أو رجلان مستوران ، أو رجل وامرأتان . وعندهما يكفى خبر الواحد رجلا كان أو امرأة أو صبيا ، حرّا أو عبدا إذا كان الخبر حقا ، وتمامه يأتيك فى الوكالة إن شاء الله تعالى ، والمعتبر الطلب دون الإشهاد ، وإنما الإشهاد للإثبات حتى لو صدّقه المشترى على الطلب لايحتاج إلى الشهود . قال (ثم يشهد على البائع إذا كان المبيع فى يده أو على المشترى أو عند العقار) وهذا طلب التقرير لأنه قد لايمكنه الإشهاد على طلب المواثبة لأنه على الفور فيحتاج إلى هذا الطلب الثانى للإثبات عند القاضى ، فان كان المبيع فى يد البائع لم يسلمه ، فإن شاء أشهد عليه ، وإن شاء على المشترى ، لأن كلّ واحد منهما خصم البائع باليد

وَلاتَسقُطُ بالتَّأْخيرِ ، وَإذَا طَلَبَ الشَّفِيعُ الشُّفْعَةَ عِنْدَ الحاكِمِ سأَلَ الحاكم المُدَّعَى عَلَيْهِ ، فان اعتَرَفَ بِملكِهِ الَّذِى يَشفَعُ بِهِ ، أوْ قامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ ، أوْ نَكَلَ عَنِ اليَمِينِ أنَّهُ ما يَعْلَمُ بِهِ ثَبَتَ مِلكُهُ ،

والمشترى بالملك ، وإن شاء عند المبيع لتعلق الحقّ به وهو أن يقول : إن فلانا باع هذه الدار ويذكر حدودها الأربعة وأنا شفيعها طلبت شفعتها وأطلبها الآن فاشهدوا علىّ بذلك ، وإن كان البائع قد سلمها لايجوز الإشهاد عليه لأنه لم يبق خصما ، فاذا فعل ذلك لايثبت (ولا تسقط بالتأخير) وعن أبى يوسف إن تركه مجلسا أو مجلسين من مجالس الحكم بطل . وعنه ثلاثة أيام لأنه دليل الإعراض . وقدّره محمد بشهر لأن المشترى يتضرّر بالتأخير لنقص تصرّفاته ، فقدّره بالشهر لأنه أقلّ الآجل وأكثر العاجل ، ومرادهما إذا ترك لغير عذر . ولأبى حنيفة أنه حقّ ثبت فلا يسقط بالتأخير كسائر الحقوق ، وضرر المشترى يمكن دفعه بالمرافعة إلى القاضى حتى يوقت له وقتا يوفيه فيه الثمن وإلا يبطل حقه . قال فى الهداية والفتوى على قول أبى حنيفة . وقال فى المحيط : والفتوى على قولهما دفعا للضرر عن المشترى لأنه قد يختفى الشفيع فلا يقدر على إحضاره إلى القاضى فيدفع الضرر بقولهما . قال (وإذا طلب الشفيع الشفعة عند الحاكم سأل الحاكم المدّعى عليه ، فان اعترف بملكه الذى يشفع به ، أو قامت عليه بينة ، أو نكل عن اليمين أنه ما يعلم به ثبت ملكه) وينبغى أن يسأل المدّعى أوّلا عن موضع الدار وحدودها نفيا للاشتباه ، ثم يسأله عن سبب الاستحقاق لاختلاف الأسباب ، فاذا بين ذلك وقال أنا شفيعها بدار لى تلاصقها صحت دعواه ، وشرط بعضهم تحديد داره أيضا ، ثم بعد ذلك يسأل القاضى المدّعى عليه ، فان اعترف بملكه الذى يشفع به فلا حاجة إلى البينة ، وإن لم يعترف طلب من المدّعى البينة ؛ لأن اليد لاتكفى للاستحقاق ، فان أقامها يثبت وإلا استحلف المدّعى عليه بالله لايعلم أنه مالك للدار التى ذكرها يشفع بها ، لأنه لو أقرّ بذلك لزمه ، فاذا أنكر عليه يحلف ويحلف على العلم لأنه فعل الغير ، فاذا نكل ثبت الملك ، ثم يسأله القاضى عن الشراء ، فان اعترف به أو قامت البينة عليه ثبت وإلا استحلف المشترى بالله ما ابتاع أو ما يستحقّ عليه شفعة من الوجه الذى ذكر ، ويستحلف على البتات لأنه فعله ، فإذا نكل قضى له بالشفعة ، وإن لم يحضر الثمن ذكره فى الأصل ، لأن الثمن إنما يجب بانتقال الملك إليه ، ولا ينتقل إلا بالقضاء فلا يجب عليه الإحضار قبله كما لايجب على المشترى قبل البيع . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لايقضى ما لم يحضر الثمن ، لأنه قد يكون مفلسا فيتضرّر المشترى ، وهو مروى عن محمد ، وإذا قضى له وأخذها من المشترى يثبت له فيها أحكام البيع من خيار رؤية وعيب وغيرهما لأنه بمنزلة الشراء لأنه مقابلة مال بمال ، ولا يثبت له خيار الشرط ولا الأجل

وَلِلشَّفِيعِ أَنْ يُخَاصِمَ البَائِعَ إِذَا كَانَ المَبِيعُ فِي يَدِهِ ، وَلَا يَسْمَعُ القَاضِي البَيِّنَةَ إِلَّا بِحَضْرَةِ المُشْتَرِي ، ثُمَّ يَفْسَخُ البَيْعَ وَيَجْعَلُ العُهْدَةَ عَلَى البَائِعِ ، وَلِلشَّفِيعِ أَنْ يُخَاصِمَ وَإِنْ لَمْ يُحْضِرِ الثَّمَنَ ، فَإِذَا قُضِيَ لَهُ لَزِمَهُ إِحْضَارُهُ ، وَالوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ خَصْمٌ فِي الشُّفْعَةِ حَتَّى يُسَلِّمَ إِلَى المُوَكِّلِ ، وَعَلَى الشَّفِيعِ مِثْلُ الثَّمَنِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا وَإِلَّا قِيمَتُهُ ، وَإِنْ حَطَّ البَائِعُ عَنِ المُشْتَرِي بَعْضَ الثَّمَنِ سَقَطَ عَنِ الشَّفِيعِ ، فَإِنْ حَطَّ النِّصْفَ ثُمَّ النِّصْفَ أَخَذَهَا بِالنِّصْفِ الأَخِيرِ ، وَإِنْ زَادَ المُشْتَرِي فِي الثَّمَنِ لَا يَلْزَمُ الشَّفِيعَ ، وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ فَالقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي ، وَالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الشَّفِيعِ .

لعدم الشرط . قال (وللشفيع أن يخاصم البائع إذا كان المبيع فى يده) لأنه خصم على ما بينا (ولا يسمع القاضى البينة إلا بحضرة المشترى ، ثم يفسخ البيع ويجعل العهدة على البائع) لأن اليد للبائع والملك للمشترى والقاضى يقضى بها للشفيع فيشترط حضورهما ، بخلاف ما بعد القبض لأن البائع كالأجنبى ، فاذا أخذها من البائع تتحول الصفقة ويصير كأن الشفيع اشتراها من البائع ، فلهذا تكون العهدة عليه ، ولو أخذها من المشترى بعد القبض فالعهدة عليه لأنه تمّ ملكه بالقبض . قال (وللشفيع أن يخاصم وإن لم يحضر الثمن ، فاذا قضى له لزمه إحضاره) وقد تقدّم الكلام فيه . قال (والوكيل بالشراء خصم فى الشفعة حتى يسلم إلى الموكل) لأن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل على ما يأتى بيانه فى الوكالة إن شاء الله تعالى ، والشفعة من حقوق العقد ، فاذا أسلمها إلى الموكل لم يبق له يد ولا ملك فيصير الموكل خصما . قال (وعلى الشفيع مثل الثمن إن كان مثليا وإلا قيمته) لأن القاضى حكم له بالملك بالعقد الأوّل ، فيجب عليه ما وجب بالعقد الأوّل ؛ وإن اشترى الذمى دارا بخمر أو خنزير والشفيع ذمى أخذها بمثل الخمر لأنه مثلى ، وقيمة الخنزير لأنه ليس بمثلى ، وإن كان مسلما أخذها بقيمة كلّ واحد منهما ، أما الخنزير فلما مرّ ، وأما الخمر فلأنه ممنوع من تمليكها وتملكها فاستحال المثل فى حقه فيصار إلى القيمة . قال (وإن حطّ البائع عن المشترى بعض الثمن سقط عن الشفيع) لما تقدّم أن الحطّ يلتحق بأصل العقد (فان حطّ النصف ثم النصف أخذها بالنصف الأخير) لأنه لما حطّ النصف الأوّل التحق بأصل العقد فوجب عليه نصف الثمن ، فلما حطّ النصف الآخر كان حطا للجميع فلا يسقط ؛ ألا ترى أنه لو حطّ الجميع ابتداء لايسقط عن الشفيع ، لأنه لايلتحق بأصل العقد بل يكون هبة فلا يسقط عن الشفيع (وإن زاد المشترى فى الثمن لايلزم الشفيع) لاحتمال أنهما تواضعا على ذلك إضرارا بالشفيع ، بخلاف الحطّ لأنه نفع له . قال (وإن اختلفا فى الثمن فالقول قول المشترى ، والبينة بينة الشفيع) لأن الشفيع يدعى استحقاق الدار عند أداء

فصـــل

وَتَبْطُلُ الشُّفْعَةُ بِمَوْتِ الشَّفِيعِ وَتَسْلِيمِهِ الكُلَّ أَوِ البَعْضَ ، وَبِصُلْحِهِ عَنِ الشُّفْعَةِ بِعِوَضٍ ، وَبِبَيْعِ المَشْفُوعِ بِهِ قَبْلَ القَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ ، وَبِضَمَانِ الدَّرْكِ عَنِ البَائِعِ ، وَبِمُسَاوَمَتِهِ المُشْتَرِيَ بَيْعًا وَإِجَارَةً ، وَلَا تَبْطُلُ بِمَوْتِ المُشْتَرِي ؛ وَلَا شُفْعَةَ لِوَكِيلِ البَائِعِ ، وَلِوَكِيلِ المُشْتَرِي الشُّفْعَةُ ،

الأقلّ ، والبينة بينة المدعى ، والمشترى ينكر ذلك ، والقول قوله مع يمينه .

فصـــل

(وتبطل الشفعة بموت الشفيع وتسليمه الكلّ أو البعض ، وبصلحه عن الشفعة بعوض . وببيع المشفوع به قبل القضاء بالشفعة ، وبضمان الدرك عن البائع ، وبمساومته المشترى بيعا وإجارة) أما بطلانها بالموت فلأن ملكه زال بالموت وانتقل إلى الوارث ، وبعد ثبوته للوارث لم يوجد البيع فلا يثبت له حقّ الشفعة ، والمراد إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة ، أما إذا مات بعد القضاء لزم وانتقلت إلى ورثته ولزمهم الثمن ؛ وأما تسليمه الكلّ فلأنه صريح فى الإسقاط ؛ وأما البعض فلأن حق الشفعة لايتجزى ثبوتا لأنه يملكه كما ملكه المشترى ، والمشترى لايملك البعض لأنه تفريق الصفقة فلا يتجزّى إسقاطا فيكون ذكر بعضه كذكر كله ؛ وأما الصلح عنها لأن الشفعة حق التملك وليس حقا متقررا ؛ فلا يصحّ الاعتياض عنه كالعنين إذا قال لامرأته : اختارى ترك الفسخ بألف ، أو قال للمخيرة : اختاريني بألف فاختارت سقط الفسخ ولا شيء لهما . ويجب عليه ردّ العوض لأنه لم يقابله حق متقرّر فلا يكون تجارة عن تراض فلا يحلّ ؛ وأما بيع المشفوع به قبل القضاء بالشفعة لزوال سبب الاستحقاق قبل القضاء وهو نظير الموت ؛ وأما ضمان الدرك عن البائع فلأنه قد ضمن للمشترى بقاءها على ملكه وسلامتها له ، وذلك يتضمن تسليم الشفعة ؛ وأما مساومة المشترى بيعا وإجارة فلأنه دليل الرضا بثبوت الملك للمشترى وتصرّفه فيه بيعا وإجارة ، وذلك لايكون إلا بعد إسقاط الشفعة ، وكذلك إذا طلبها منه تولية أو أخذها مزارعة أو معاملة ، وكل ذلك إذا كان بعد العلم بالشراء . قال (ولا تبطل بموت المشترى) لأن المستحق وهو الشفيع قائم ، وحقه مقدّم على حق المشترى حتى لاتنفذ وصيته فيه ، ولا يباع فى دينه فيكون مقدّما على حقّ الوارث . قال (ولا شفعة لوكيل البائع) لأنه سعى فى نقض فعله وهو كالبيع ، وكذا إذا كان له الخيار فأمضاه (ولوكيل المشترى الشفعة) لأنه لاينقض فعله لأنه مثل الشراء ، لأنه سعى فى زوال ملك

وَإِذَا قِيلَ لِلشَّفِيعِ إِنَّ الْمُشْتَرِيَ فُلَانٌ فَسَلَّمَ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهُ غَيْرُهُ فَلَهُ الشُّفْعَةُ ، وَإِذَا قِيلَ لَهُ إِنَّهَا بِيعَتْ بِأَلْفٍ فَسَلَّمَ ثُمَّ تَبَيَّنَ أَنَّهَا بِيعَتْ بِأَقَلَّ أَوْ بِمَكِيلٍ أَوْ مَوْزُونٍ فَهُوَ عَلَى شُفْعَتِهِ ، وَلَا تُكْرَهُ (م) الْحِيلَةُ فِي إِسْقَاطِ الشُّفْعَةِ قَبْلَ وُجُوبِهَا ، وَمَنْ بَاعَ سَهْمًا ثُمَّ بَاعَ الْبَاقِيَ فَالشُّفْعَةُ فِي السَّهْمِ الْأَوَّلِ لَا غَيْرُ ، وَإِنِ اشْتَرَاهَا بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فَالشَّفِيعُ إِنْ شَاءَ أَدَّاهُ حَالًّا ، وَإِنْ شَاءَ بَعْدَ الْأَجَلِ ثُمَّ يَأْخُذُ الدَّارَ ،

البائع . قال (وإذا قيل للشفيع إن المشترى فلان فسلم ثم تبين أنه غيره فله الشفعة) لتفاوت الناس فى الجوار . فقد يرضى بفلان لخيره ولم يرض بغيره فلم يوجد التسليم فى حقه ؛ وكذا لو ظهر أن المشترى اشتراها لغيره ؛ ولو قيل إن المشترى زيد فسلم فاذا هو زيد وعمرو فله أخذ نصيب عمرو (وإذا قيل له إنها بيعت بألف فسلم ثم تبين أنها بيعت بأقل أو بمكيل أو موزون فهو على شفعته) أما الأول فلأن الرضا بالأكثر لايكون رضى بالأقل ؛ وأما الثانى فلاحتمال تعذر الدراهم عليه وتيسر مابيع به من المكيل والموزون ؛ وكذلك العددى المتقارب ، وسواء كانت قيمته ألفا أو أقل أو أكثر ، لأن الواجب المثل ، بخلاف ما إذا بيع بعبد أو أمة قيمتها ألف أو أكثر ، لأن الواجب ألف حتى لو كانت قيمته أقل من ألف لم تبطل شفعته لأن الواجد القيمة ، ولو قيل إنها بيعت بجارية فظهر أنها بيعت بعبد أو عرض آخر ، ننظر إن كانت قيمة العبد أو العرض مثل قيمة الجارية أو أكثر بطلت ، وإن كانت أقل لم تبطل لأن الواجب القيمة ؛ ولو قيل بيعت بألف درهم فظهر أنها بيعت بمائة دينار ، قال الكرخى : إن كانت قيمتها ألفا أو أكثر بطلت ؛ وإن كانت أقل لم تبطل ، وهو قول أبى يوسف لأنهما جعلا كجنس واحد فى الثمنية . وأشار محمد فى الأصل إلى بقاء الشفعة ، وهو قول أبى حنيفة وزفر لأنهما جنسان مختلفان حتى يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا ، ولأنه ربما يسهل عليه أحدهما دون الآخر ؛ ولو قيل بيعت بألف ثم حط البائع عن المشترى فله الشفعة ، لأن الحط يلتحق بأصل العقد فصار كأنه باعها بأقل . قال (ولا تكره الحيلة فى إسقاط الشفعة قبل وجوبها) عند أبى يوسف لأنه منع من وجوب الحق ، ويكره عند محمد لأنها شرعت لدفع الضرر والحيلة تنافيه . والحيلة فى إسقاط الزكاة على هذا . قال (ومن باع سهما ثم باع الباقى فالشفعة فى السهم الأول لاغير) لأن الشفيع جار والمشترى شريك فى المبيع ثانيا ، فيقدم عليه ، وهذه حيلة ، وهو أن يبيع الأول بثمن كثير والباقى بثمن قليل ؛ وإن اشتراها بثمن ودفع عنه ثوبا أخذها بالثمن الأول لأنه يستحق المبيع بما وقع العقد عليه لما مر ، وهذه أيضا حيلة ، وهو أن يعقد العقد بألف مثلا فيدفع عنها ثوبا يساوى مائة . قال (وإن اشتراها بثمن مؤجل فالشفيع إن شاء أداه حالا ، وإن شاء بعد الأجل ثم يأخذ الدار) لأن الرضا بالتأجيل على المشترى

وَإذَا قُضِيَ لِلشَّفِيعِ وَقَدْ بَنَى الْمُشْتَرِي فِيهَا ، فَإِنْ شاءَ أَخَذَهَا بِقِيمَةِ الْبِنَاءِ وَإِنْ شاءَ كَلَّفَ الْمُشْتَرِي قَلْعَهُ ؛ وَلَوْ بَنَى الشَّفِيعُ ثُمَّ اسْتُحِقَّتْ رَجَعَ بِالثَّمَنِ لاغَيْرُ ، وَإِذَا خَرِبَتِ الدَّارُ أَوْ جَفَّ الشَّجَرُ فَالشَّفِيعُ إِنْ شاءَ أَخَذَ السَّاحَةَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ، وَإِنْ شاءَ تَرَكَ ؛

لايكون رضا بالتأجيل على الشفيع لتفاوت الناس فى الملاءة والإعسار والوفاء والمطل ، ولأنه ليس من حقوق العقد ولم يشترطه الشفيع فلا يثبت له ، فان أدّاه حالا وأخذها من البائع سقط الثمن عن المشترى لوصوله إلى البائع ، وإن أخذها من المشترى فالثمن على حاله موجل للبائع على المشترى عملا بالشرط ، وصار كما إذا اشتراه موجلا وباعه حالا ، وإن أدّاه بعد الأجل فله ذلك ، لأن له أن لايلتزم زيادة الضرر ، لكن لابد من طلبه على الوجه الذى بيناه ، فاذا ثبت أخر أداء الثمن . قال(وإذا قضى للشفيع وقد بنى المشترى فيها ، فان شاء أخذها بقيمة البناء ، وإن شاء كلف المشترى قلعه) وهذا قول أبى حنيفة وزفر ومحمد ، وهو رواية عن أبى يوسف ، وروى عنه ابن زياد أنه يأخذها بالثمن وقيمة البناء أو يترك ؛ والغرس مثل البناء لأنه بنى فى ملك نفسه ، لأن تصرفه فيه صحيح حتى لو أجره طاب له الأجر والقلع من أحكام العدوان فلا يكلفه كالزرع وكالموهوب له . ولنا أنه تعدّى من حيث إنه بنى فى ملك تعلق به حقّ الغير من غير تسليط من ذلك الغير فينقض صيانة لحقه ، وضرر القلع لحقّ المشترى بفعله فلا يعتبر ، ولأن الشفيع استحقه بسبب سابق ، وهو مقدم على المشترى فينقضه كما فى الاستحقاق ، ولهذا تنتقض جميع تصرّفاته ، بخلاف الموهوب له لأن صاحب الحقّ سلطه . وأما الزرع فالقياس أن يقلعه ، لكن استحسنوا أن يبقى فى الأرض بالأجرة لأن له نهاية فلا ضرر فيه كالبناء . وذكر فى المحيط أن الزرع يترك بغير أجر ، وإن أخذه بالقيمة فقيمته مقلوعا ويعرف تمامه فى الغصب . قال (ولو بنى الشفيع ثم استحقت رجع بالثمن لاغير) ولا يرجع بقيمته على المشترى ولا على البائع ، لأن الرجوع إنما ثبت فى المسئلة الأولى ولأن البائع خدع المشترى وضمن له التمكن من التصرّف كيف شاء ، ولم يضمن للشفيع ذلك أحد ، لأنه أخذه بغير اختيار البائع ولا المشترى فلم يكن مغرورا ولا يرجع ، ولأنه لما استحقّ ثبت أنه أخذه بغير حقّ ، أما الثمن فإنه عوض عن المبيع فاذا لم يسلم المبيع يرجع بالثمن . قال (وإذا خربت الدار أو جفّ الشجر ، فالشفيع إن شاء أخذ الساحة بجميع الثمن ، وإن شاء ترك) وكذلك لو حترقت أو غرقت ، لأن البناء تبع ووصف للساحة حتى يدخل فى البيع بغير ذكر فلا يقابله شىء من الثمن ما لم يكن مقصودا كأطراف العبد ، ولو باعهما مرابحة باعها بجميع الثمن .

وَإنْ نَقَضَ المُشْتَرِى البِناءَ فالشَّفِيعُ إنْ شاءَ أخَذَ العَرَصَةَ بِحِصَّتِها ، وَإنْ شاءَ تَرَكَ ، وَإنِ اشْتَرَى نَخْلاً عَلَيْهِ ثَمَرٌ فَهُوَ لِلشَّفِيعِ ؛ فاذَا جَدَّهُ المُشْتَرِى نَقَصَ حِصَّتَهُ مِنَ الثَّمَنِ .

كتاب الإجارة

وَهِيَ بَيْعُ المَنافِعِ ، جُوِّزَتْ عَلى خِلافِ القِياسِ لِحاجَةِ النَّاسِ ،

قال (وإن نقض المشترى البناء فالشفيع إن شاء أخذ العرصة بحصتها ، وإن شاء ترك) لأنه صار مقصودا بالإتلاف فيقابله شيء من الثمن كأطراف العبد ، وكذا إذا فعله أجنبي ، وكذا إذا نزع باب الدار وباعه ، وليس له أخذ النقض لأنه صار مفصولا فلم يبق تبعا ، أو صار نقليا فلا شفعة فيه . قال (وإن اشترى نخلا عليه ثمر فهو للشفيع) معناه إذا شرطه فى البيع لأنه لايدخل بدون الشرط على ما مرّ فى البيوع ، فاذا شرطه دخل فى البيع واستحقّ بالشفعة لأنه باعتبار الاتصال صار كالنخل ، وهذا استحسان ، والقياس أن لاشفعة فيه لعدم التبعية حتى لايدخل فى البيع بدون الشرط . وإذا دخل فى الشفعة (فاذا جدّه المشترى نقص حصته من الثمن) لأنه صار مقصودا بالذكر فقابله شيء من الثمن ، وليس له أن يأخذ الثمرة لأنها نفلية ، ولو لم يكن على النخل ثمر وقت البيع فأثمر فللشفيع أخذه بالثمرة ، لأن البيع سرى إليه فكان تبعا ، فاذا جدّها المشترى ، فللشفيع أن يأخذ النخل بجميع الثمن ، لأن الثمرة لم تكن موجودة وقت العقد فلم تكن مقصودة ، فلا يقابلها شيء من الثمن .

كتاب الإجارة

(وهى بيع المنافع ، جوّزت على خلاف القياس لحاجة الناس) اعلم أن التمليك نوعان : تمليك عين ، وتمليك منافع . وتمليك العين نوعان : بعوض وهو البيع وقد بيناه ، وبغير عوض وهو الهبة والصدقة والوصية ، وسيأتيك أبوابها إن شاء الله تعالى . وتمليك المنافع نوعان : بغير عوض ، وهو العارية والوصية بالمنافع على ماياتيك ؛ وبعوض وهو الإجارة ، وسميت بيع المنافع لوجود معنى البيع وهو بذل الأعواض فى مقابلة المنفعة وهى على خلاف القياس ، لأن المنافع معدومة ، وبيع المعدوم لايجوز ، إلا أنا جوّزناها لحاجة الناس إليها ، ومنع شمس الأئمة السرخسى هذا وقال : إنما يشترط الملك والوجود للقدرة على التسليم ، وهذا لايتحقق فى المنافع ، لأنها عرض لاتبقى زمانين فلا معنى للاشتراط ، فأقمنا العين

وَلا بُدَّ مِنْ كَوْنِ المَنافِعِ والأُجْرَةِ مَعْلُومَةً ، وَما صَلَحَ ثَمَنا صَلَحَ أُجْرَةً ، وَتَفْسُدُ بالشُّرُوطِ . وَيَثْبُتُ فِيها خِيارُ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ وَالعَيْبِ ، وَتُقالُ وَتُفْسَخُ وَالمَنافِعُ تُعْلَمُ بِذِكْرِ المُدَّةِ كَسُكْنَى الدَّارِ ، وَزَرْعِ الأَرْضِينَ مُدَّةً مَعْلُومَةً أَوْ بالتَّسْمِيَةِ كَصَبْغِ الثَّوْبِ ، وَخِياطَتِهِ ، وَإجارَةِ الدَّابَّةِ لِحَمْلِ شَيْءٍ مَعْلُومٍ أَوْ لِيَرْكَبَها مَسافَةً مَعْلُومَةً أَوْ بالإشارَةِ كَحَمْلِ هَذا الطَّعامِ ؛ وَإنِ اسْتَأْجَرَ دارًا أَوْ حانُوتا فَلَهُ أَنْ يَسْكُنَها وَيُسْكِنَها مَنْ شاءَ وَيَعْمَلَ فِيها ما شاءَ

المنتفع بها مقام المنفعة فى حقّ إضافة العقد إليها ليترتب القبول على الإيجاب كقيام الذمة التى هى محل المسلم فيه مقام المعقود عليه فى حقّ جواز السلم ، وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة ليقترن الانعقاد بالاستيفاء ، فيتحقق بهذا الطريق التمكن من استيفاء المعقود عليه . والدليل على جوازها قوله تعالى ـ فان أرضعن لكم فآتوهنّ أجورهنّ ـ وقوله تعالى ـ ليتخذ بعضهم بعضا سخريا ـ أى بالعمل بالأجر . وقال عليه الصلاة والسلام « من استأجر أجيرا فليعلمه أجره » . وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتعاملون بها فأقرّهم على ذلك وعليه الإجماع ، ولا تنعقد بلفظ البيع لأنه وضع لتمليك الأعيان ، والإجارة تمليك منافع معدومة ؛ ويبدأ بتسليم المعقود عليه ليتمكن من الانتفاع ، لأن عين المنفعة لايمكن تسليمها ، فأقمنا التمكين من الانتفاع مقامه . قال (ولا بدّ من كون المنافع والأجرة معلومة) قطعا للمنازعة ولما تقدم من الحديث . قال (وما صلح ثمنا صلح أجرة) لأنها ثمن أيضا ؛ فالمكيل والموزون والمزروع والمعدود والمتقارب يصلح أجرة على الوجه الذى يصلح ثمنا ، والحيوان يصلح إن كان عينا ، أما دينا فلا لأنه لايثبت فى الذمة ، والمنفعة تصلح أجرة فى الإجارة إذا اختلف جنساهما ، ولا تصلح ثمنا فى البيع لأن الثمن يملك بنفس العقد ، والمنفعة لايمكن تمليكها بنفس العقد . قال (وتفسد بالشروط ، ويثبت فيها خيار الرؤية والشرط والعيب ، وتقال وتفسخ) كما فى البيع . قال (والمنافع تعلم بذكر المدّة كسكنى الدار وزرع الأرضين مدّة معلومة) لأن المدّة إذا علمت تصير المنافع معلومة (أو بالتسمية كصبغ الثوب ، وخياطته ، وإجارة الدابة لحمل شىء معلوم أو ليركبها مسافة معلومة) لأنه إذا بين لون الصبغ وقدره وجنس الخياطة وقدر المحمول وجنسه والمسافة تصير المنافع معلومة (أو بالإشارة كحمل هذا الطعام) لأنه إذا عرف ما يحمله والموضع الذى يحمله إليه تصير المنفعة معلومة . قال (وإن استأجر دارا أو حانوتا فله أن يسكنها ويسكنها من شاء ويعمل فيها ماشاء) من وضع المتاع وربط الحيوان وغيره وإن لم يسمّ ذلك ، لأن المقصود المتعارف من الدور والحوانيت ذلك ، ومنافع

إلاَّ القِصَارَةَ وَالحِدَادَةَ والطَّحْنَ ؛ وَإن استأْجرَ أَرْضًا لِلزِّرَاعَةِ بَيَّنَ ما يُزْرَعُ فِيها ، أوْ يَقُولُ عَلى أنْ يَزْرَعَها ما شاءَ ، وَهَكذا رُكُوبُ الدَّابَّةِ وَلُبْسُ الثَّوبِ إلاَّ أنه إذَا لَبِسَ أوْ رَكِبَ وَاحِدٌ تَعَيَّنَ ؛ وَإذَا اسْتأْجَرَ أرْضًا لِلْبِناءِ وَالغَرْسِ فانْقَضَتِ المُدَّةُ يَجِبُ عَلَيْهِ تَسْلِيمُها فارِغَةً كما قَبَضَها ، وَالرَّطْبَةُ كالشَّجَرِ ، فَإنْ كانَتِ الأرْضُ تَنْقُصُ بالقَلْعِ يَغْرَمُ لَهُ الآجِرُ قِيمَةَ ذلكَ مَقْلُوعا وَيَتَمَلَّكُهُ ، وَإنْ كانَتِ الأرْضُ لاتَنْقُصُ ، فانْ شاءَ صَاحِبُ الأرْضِ أنْ يَضْمَنَ لَهُ القِيمَةَ وَيَتَمَلَّكَهُ فَلَهُ ذلكَ بِرِضَا صاحِبِهِ ، أوْ يَتَرَاضَيانِ فَتَكُونُ الأرْضُ لِهَذَا وَالبِناءُ لِهَذَا ، وَإنْ سَمَّى ما يَحْمِلُهُ عَلى الدَّابَّةِ كَقَفِيزِ حِنْطَةٍ فَلَهُ أن يَحْمِلَ ما هُوَ مِثْلُهُ أوْ أخَفُّ كالشَّعِيرِ ، وَلَيْسَ لَهُ أنْ يَحْمِلَ ما هُوَ أثْقَلُ كالمِلْحِ ،

السكنى غير متفاوتة فى ذلك . قال (إلا القصارة والحدادة والطحن) لأنها توهن البناء وفيه ضرر فلا يقتضيه العقد إلا بالتسمية ، وإن كانت الدار ضيقة ليس له أن يربط الدابة فيها لعدم العادة . قال (وإن استأجر أرضا للزراعة بين ما يزرع فيها أو يقول على أن يزرعها ما شاء) لأن منافع الزراعة مختلفة وكذلك تضرّر الأرض بالزراعة مختلف باختلاف المزروعات فيفضى إلى المنازعة ، فاذا بين ما يزرع أو قال على أن يزرعها ماشاء انقطعت المنازعة (وهكذا ركوب الدابة ولبس الثوب) وكل ما يختلف باختلاف المستعملين ، لأن الناس يختلفون فى الركوب واللبس فيفضى إلى المنازعة ، فإذا عين أو أطلق فلا منازعة (إلا أنه إذا لبس أو ركب واحد تعين) فليس له أن يركب أو يلبس غيره كما إذا عينه فى الابتداء ويدخل فى إجارة الدور والأرضين الطريق والشرب ، لأن المقصود المنفعة ولا منفعة دونهما . قال (وإذا استأجر أرضا للبناء والغرس فانقضت المدة يجب عليه تسليمها فارغة كما قبضها) ليتمكن مالكها من الانتفاع بها فيقلع البناء والغرس لأنه لانهاية لهما (والرطبة كالشجر) لطول بقائه فى الأرض ؛ أما الزرع فله نهاية معلومة فيترك بأجر المثل إلى نهايته رعاية للجانبين (فإن كانت الأرض تنقص بالقلع يغرم له الآجر قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه) ترجيحا لجانب الأرض لأنها الأصل والبناء والغرس تبع ، وإنما يغرم قيمته مقلوعا لأنه مستحقّ القلع ، فتقوّم الأرض بدون البناء والشجر ، وتقوّم وبها بناء أو شجر ، ولصاحب الأرض أن يأمره بقلعه فيضمن فضل مابينهما (وإن كانت الأرض لاتنقص ، فان شاء صاحب الأرض أن يضمن له القيمة) كما تقدم (ويتملكه فله ذلك برضى صاحبه ، أو يتراضيان فتكون الأرض لهذا والبناء لهذا) لأن الحقّ لهما . قال (وإن سمى مايحمله على الدابة كقفيز حنطة فله أن يحمل ما هو مثله أو أخفّ كالشعير ، وليس له أن يحمل ما هو أثقل كالملح ،

وَإِنْ زَادَ عَلَى الْمُسَمَّى فَعَطِبَتْ ضَمِنَ بِقَدْرِ الزِّيَادَةِ ، وَإِنْ سَمَّى قَدْرًا مِنَ الْقُطْنِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ مِثْلَ وَزْنِهِ حَدِيدًا ، وَإِنِ اسْتَأْجَرَهَا لِيَرْكَبَهَا فَأَرْدَفَ آخَرَ ضَمِنَ النِّصْفَ ، فَإِنْ ضَرَبَهَا فَعَطِبَتْ ضَمِنَهَا (سم) .

فصل

الْأُجَرَاءُ : مُشْتَرَكٌ كَالصَّبَّاغِ وَالْقَصَّارِ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ الْأُجْرَةَ حَتَّى يَعْمَلَ ، وَالْمَالُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ ،

وإن زاد على المسمى فعطبت ضمن بقدر الزيادة ، وإن سمى قدرا من القطن فليس له أن يحمل مثل وزنه حديدا) والأصل أن المستأجر إذا خالف إلى مثل المشروط أو أخف فلا شيء عليه ، لأن الرضا بأعلى الضررين رضى بالأدنى وبمثله دلالة ، وإن خلف إلى ما هو فوقه فى الضرر فعطبت الدابة ، فان كان من خلاف جنس المشروط ضمن الدابة ، لأنه متعدّ فى الجميع ولا أجر عليه ؛ وإن كان من جنسه ضمن بقدر الزيادة وعليه الأجر ، لأنها هلكت بفعل المأذون وغير ماذون ، فيقسم على قدرهما إلا إذا كان قدرا لا تطيقه فيضمن الكل لكونه غير معتاد فلا يكون مأذونا فيه ، والحديد أضرّ من القطن لأنه يجتمع فى موضع واحد من ظهر الدابة والقطن ينبسط . قال (وإن استأجرها ليركبها فأردف آخر ضمن النصف) وهى نظير الزيادة من الجنس تعليلا وتفصيلا . قال (فان ضربها فعطبت ضمنها) وكذلك إن كبحها بلجامها إلا أن يكون أذن له فى ذلك ، وقالا : لا يضمن إلا أن يتجاوز المعتاد ، لأنه لابد من الضرب المعتاد فى السير ، فكان مأذونا فيه لأن المعتاد كالمشروط . ولأبى حنيفة أن السير يمكن بدون ذلك بتحريك الرجل والصيحة ، فلا يملك ذلك إلا بصريح الإذن ؛ وكذا لو استأجر حمارا بسرج فأوكفه ضمن عنده ، وقالا : لا يضمن إلا أن يكون أثقل من السرج فيضمن قدر الزيادة ، أو يكون لا يوكف بمثله الحمر فيضمن الكل ، لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر صار هو والسرج سواء فيكون مأذونا فيه دلالة . وله أن الإكاف للحمل والسرج للركوب فكان خلاف الجنس ، ولأنه ينبسط على ظهر الدابة أكثر من السرج فكان أضرّ فيضمن للمخالفة .

فصل

(الأجراء : مشترك كالصباغ والقصار) لأن المعقود عليه إما العمل أو أثره ، والمنفعة غير مستحقة فله أن يعمل للغير فكان مشتركا (ولا يستحقّ الأجرة حتى يعمل) لأن الأجرة لاتستحقّ بالعقد على ما سنبينه إن شاء الله تعالى (والمال أمانة فى يده) لأنه قبضه

إلاَّ أن يَتْلَفَ بِعَمَلِهِ ، كَتَخْرِيقِ الثَّوْبِ مِنْ دَقِّهِ ، وَزَلَقِ الحَمَّالِ ، وَانْقِطَاعِ الحَبْلِ مِنْ شَدِّهِ وَنَحْوِ ذلكَ ، إلاَّ أنَّهُ لايَضْمَنُ الآدَمِيَّ إذَا غَرِقَ فى السَّفِينَةِ مِنْ مَدِّهِ ، أوْ سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ بِسَوْقِهِ وَقَوْدِهِ . وَلا ضَمانَ عَلَى الفَصَّادِ وَالبَزَّاغِ إلاَّ أنْ يَتَجاوَزَ المَوْضِعَ المُعْتادَ ، وَخاصٌّ كالمُسْتأْجَرِ شَهْرًا لِلخِدْمَةِ وَرَعْىِ الغَنَمِ وَنَحْوِهِ ، وَيَسْتَحِقُّ الأجْرَةَ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ وَإنْ لَمْ يَعْمَلْ ، وَلا يَضْمَنُ ما تَلِفَ فى يَدِهِ وَلا بِعَمَلِهِ إذَا لَمْ يَتَعَمَّدِ الفَسادَ ،

باذن المالك فلا يضمنه (إلاأن يتلف بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل من شدّه ونحو ذلك) لأنه مضاف إلى فعله وهو لم يؤمر إلا بعمل فيه صلاح ، فاذا أفسده فقد خالف فيضمن (إلا أنه لا يضمن الآدمى إذا غرق فى السفينة من مدّه ، أوسقط من الدابة بسوق وقوده) لأن الآدمى لا يضمن بالعقد وإنما يضمن بالجناية ؛ ولوغرقت من موج أو ريح أو صدم جبل أو زوحم الحمال فلا ضمان عليهم ، لأنه لا فعل لهم فى ذلك ، ولو تلف بفعل أجير القصار لا متعمدا فالضمان على الأستاذ ، لأن فعل الأجير مضاف إلى أستاذه . وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن سواء هلك بفعله أو بغير فعله ، إلامالا يمكن الاحترازعنه كالموت والحريق والغرق الغالب والعدوّ المكابر ، لأنه يجب عليه حفظه عما يمكن التحرّز عنه ، فاذا تركه ضمن كما إذا هلك بفعله ، وهو مرویّ عن عمر وعلىّ رضى الله عنهما ؛ ثم إن شاء ضمنه معمولا وأعطاه الأجر وغير معمول ولا أجر له . وقال زفر : لا يضمن فى الوجهين لأنه عمل بأمر المالك وصار كأجير الوحد ، وجوابه ما مرّ لأبى حنيفة . قال (ولاضمان على الفصاد والبزاغ (١) إلا أن يتجاوز الموضع المعتاد) لأنه إذا فعل المعتاد لا يمكنه الاحتراز عن السراية ، لأنه يبتنى على قوّة المزاج وضعفه وذلك غير معلوم فلا يتقيد به ، بخلاف دق الثوب لأن رقته وثخانته تعرف لأهل الخبرة به فتقيد بالصلاح ؛ ولو قال للخياط : إن كفانى هذا الثوب قميصا فاقطعه فقطعه فلم يكفه ضمن ، لأنه إنما أذن له فى القطع بشرط الكفاية ؛ ولو قال له : هل يكفينى ؟ فقال نعم ، قال فاقطع فلم يكفه لا يضمن لأنه أمره بالقطع مطلقا . قال (وخاصّ كالمستأجر شهرا للخدمة ورعى الغنم ونحوه) لأن منافعه صارت مستحقة للمستأجر طول المدّة فلا يمكنه صرفها إلى غيره فلهذا كان خاصا ، ويسمى أجير الوحد أيضا (ويستحق الأجرة بتسليم نفسه وإن لم يعمل (لأنها مقابلة بالمنافع ، وإنما ذكر العمل لصرف المنفعة المستحقة إلى تلك الجهة ، ومنافعه صارت مستوفاة بالتسلم تقديرا حيث فوّتها عليه فاستحق الأجرة . قال (ولا يضمن ما تلف فى يده) لما مرّ (ولا بعمله إذا لم يتعمد الفساد) لأن المعقود عليه المنفعة وهى سليمة ، والمعيب العمل الذى هو

---

(١) قوله البزاغ : البيطار الذى يسمى فى عرفنا البيطرى اه مصححه .

وَمَنِ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ إِلاَّ أَنْ يَشْرِطَهُ .

وَالأُجْرَةُ تُسْتَحَقُّ بِاسْتِيفَاءِ المَعْقُودِ عَلَيْهِ ، أَوْ بِاشْتِرَاطِ التَّعْجِيلِ أَوْ بِتَعْجِيلِهَا ، وَإِذَا تَسَلَّمَ العَيْنَ المُسْتَأْجَرَةَ فَعَلَيْهِ الأُجْرَةُ وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا ، فَإِنْ غُصِبَتْ مِنْهُ سَقَطَ الأَجْرُ ، وَلِرَبِّ الدَّارِ أَنْ يُطَالِبَ بِأُجْرَةِ كُلِّ يَوْمٍ ؛

تسليم المنفعة وهو غير معقود عليه ولا يكون مضمونا عليه ، ولأن المنافع إذا صارت ملكا للمستأجر فإذا أمره بالعمل انتقل عمله إليه ، لأنه يصير نائبا عنه فيصير كأنه فعله بنفسه ، وما تلف من عمله ضمانه على أستاذه لما أنه أجير خاص . قال (ومن استأجر عبدا فليس له أن يسافر به إلا أن يشرطه) لأن خدمة السفر أشقّ فلا ينتظمها العقد إلا بشرط ، فإن استأجره للخدمة فعليه خدمته من السحر إلى أن ينام الناس بعد العشاء عملا بالعرف فى الخدمة وعليه خدمة البيت والضيف دون الخبز والطبخ والخياطة وعلف الدوابّ ونحو ذلك ، ولو آجر عبده سنة ثم أعتقه فى خلالها جاز العتق ؛ والعبد إن شاء مضى على الإجارة وإن شاء فسخ ، وأجرة مامضى للسيد وما بقى للعبد ، لأن منفعته بعد العتق له فيكون له بدلها ، وإذا أجاز فليس له فسخها بعد ذلك ، وليس للعبد قبض الأجرة إلا باذن المولى .

فصــــل

(والأجرة تستحقّ باستيفاء المعقود عليه ، أو باشتراط التعجيل أو بتعجيلها) لأن الأجرة لاتجب بنفس العقد لقوله عليه الصلاة والسلام « أعطو الأجير أجره قبل أن يجفّ عرقه » ولو وجبت بنفس العقد لما جاز تأخيره إلا برضاه ، والنصّ يقتضى الوجوب بعد الفراغ ، لأن العرق إنما يوجد بالعمل ، ولأن المنفعة لا يمكن استيفاؤها لذى العقد لأنها تحدث شيئا فشيئا ، وهى عقد معاوضة فتقتضى المساواة فلا تجب الأجرة بنفس العقد ، فاذا استوفى المعقود عليه استحقّ الأجرة عملا بالمساواة ، وإذا اشترط التعجيل أو عجلها فقد رضى باسقاط حقه فى التأجيل فيسقط . قال (وإذا تسلم العين المستأجرة فعليه الأجرة وإن لم ينتفع بها) لأن تسليم المنفعة غير ممكن فأقيم تسليم العين مقامها ليتمكن من الانتفاع . قال (فان غصبت منه سقط الأجر) لأنه زال التمكن فبطلت لما بينا أنها تنعقد شيئا فشيئا ، ولو غصبها فى بعض المدة سقطت حصته لما بينا . قال (ولربّ الدار أن يطالب بأجرة كلّ يوم) وكذا جميع العقار ، لأن أحد العوضين صار منتفعا به مدّة مقصودة ، فيجب أن يكون العوض الآخر كذلك تحقيقا للمساواة ؛ وقضية ما ذكرنا أن له المطالبة ساعة فساعة إلا أن فيه حرجا عظيما وضررا ظاهرا فقدّرناه باليوم تيسيرا ، ولأنا لا نعرف

وَالجَمَّالِ بِأُجْرَةِ كُلِّ مَرْحَلَةٍ ، وَتَمَامُ الخُبْزِ إِخْرَاجُهُ مِنَ التَّنُّورِ ، وَتَمَامُ الطَّبْخِ غَرْفُهُ ، وَتَمَامُ ضَرْبِ اللَّبِنِ إِقَامَتُهُ (سم) ، وَمَنْ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِى العَيْنِ كَالصَّبَّاغِ وَالخَيَّاطِ وَالقَصَّارِ يَحْبِسُهَا حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الأَجْرَ ، فَانْ حَبَسَهَا فَضَاعَتْ لَاشَىْءَ (سم) وَلَا أَجْرَ لَهُ عَلَيْهِ ، وَمَنْ لَاأَثَرَ لِعَمَلِهِ كَالحَمَّالِ وَالغَسَّالِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، وَإِذَا شُرِطَ عَلَى الصَّانِعِ العَمَلُ بِنَفْسِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَعْمِلَ غَيْرَهُ ،

حصة كل ساعة . قال (والجمال بأجرة كل مرحلة) لما بينا . وعن أبى يوسف إذا سار ثلث الطريق أونصفه لزمه التسليم . وعن أبى حنيفة إذا انقضت المدة وانتهى السفر وهو قول زفر ، لأن المعقود عليه شىء واحد وهو قطع هذه المسافة أوسكنى هذه المدة فلا ينقسم الأجر على أجزائها كالعمل ، وكأن أبا يوسف أقام الثلث أو النصف مقام الكل على أصله ، وجوابه ما بينا ، ثم رجع أبو حنيفة إلى ما ذكرنا أولا . قال (وتمام الخبز إخراجه من التنور) وكذلك الآجر لأنه لا ينتفع به قبل ذلك ، فلو احترق أو سقط من يده قبل ذلك فلا أجر له بهلاكه قبل التسليم ، وإن هلك بعد الإخراج بغير فعله فلا ضمان عليه وله الأجر ، لأنه سلمه إليه حيث وضعه فى بيته ولم يهلك بفعله . قال (وتمام الطبخ غرفه) إن كان فى وليمة ، وإن طبخ قدر طعام لصاحبه فليس عليه الغرف للعرف . قال (وتمام ضرب اللبن إقامته) وقالا : تشريجه لأن بالتشريج يؤمن عليه الفساد ، وهو من عمله عرفا فيلزمه . ولأبى حنيفة أن العمل تم بالإقامة لأنه يمكنه الانتفاع به من غير خلل فلا يلزمه شىء آخر ، والتشريج فعل آخر فلا يلزمه إلا بالشرط ولو كان فى غير ملكه ، فما لم يشرجه ويسلمه إلى المستأجر فلا أجر له وهو فى ضمانه . قال (ومن لعمله أثر فى العين كالصباغ والخياط والقصار يحبسها حتى يستوفى الأجر) لأن له حبس صبغه وغيره بحبس المحل حتى يستوفى الثمن (١) كالمبيع (فان حبسها فضاعت لا شىء عليه) لأنه أمانة فى يده (ولا أجر له) وعندهما هو مضمون بعد الحبس كقبله ، فان ضمنه معمولا فله الأجر وغير معمول لا أجر له . قال (ومن لا أثر لعمله كالحمال والغسال ليس له ذلك) لأنه ليس له عين يحبسها والمعقود عليه نفس العمل فلا يتصور حبسه ، فان حبسه فهو غاصب ، بخلاف رد الآبق حيث له حبسه على الجعل ، وإن لم يكن لعمله أثر لأنه عرف نصا ، ولأنه كان على شرف الهلاك وقد أحياه بالرد فكأنه باعه . قال (وإذا شرط على الصانع العمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره) لأن العمل يختلف باختلاف الصناع جودة ورداءة ، فكان الشرط مفيدا ، فيتعين كما تتعين المنفعة فى محل بعينه ، وإن أطلق له العمل فله أن يعمل بنفسه وبغيره ، لأن المستحق مطلق العمل ، ويمكنه إيفاؤه بنفسه وبغيره فافترقا

---

(١) قوله الثمن : أى حقه .

وَإنْ قالَ : إنْ سَكَنْتَ هَذَا الحانُوتَ عَطَّارًا فَبِدِرْهَمٍ ، وَحَدَّادًا بِدِرْهَمَيْنِ جازَ (سم) ، وأىُّ العَمَلَيْن عَمِلَ اسْتَحَقَّ المُسَمَّى لَهُ

فصل

وَإذَا فَسَدَتِ الإجارَةُ يَجِبُ أجْرُ المِثْلِ ،

قال (وإن قال : إن سكنت هذا الحانوت عطارا فبدرهم ، وحدّادا بدرهمين جاز ، وأىّ العملين عمل استحقّ المسمى له) وقالا : الإجارة فاسدة ، وعلى هذا الخلاف إن استأجر دابة إلى الحيرة بدرهم وإلى القادسية بدرهمين ، أو إن حمل عليها كرّ شعير فبدرهم وكرّ حنطة بدرهمين . لهما أن المعقود عليه أحد الشيئين ، والأجر أحد الأجرين ، وتجب بالتخلية والتسليم وأنه مجهول ، بخلاف الخياطة الرومية والفارسية ، لأن الأجرة تجب بالعمل ، وبه ترتفع الجهالة فافترقا . ولأبى حنيفه أنه خيره بين عقدين مختلفين صحيحين ، لأن سكنى العطار تخالف سكنى الحدّاد حتى لاتدخل فى مطلق العقد ، وكذا بقية المسائل والإجارة تعقد للمنفعة ، وعندهما ترتفع الجهالة فيصحّ كالفارسية والرومية ، وإن وجب الأجر بالتسليم يجب أقلهما للتيقن به ، ولو قال : إن خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وروميا فبدرهمين جاز ، وأىّ العملين عمل استحقّ أجرته ، وقد مرّ وجهه . وقال زفر : الإجارة فاسدة بجهالة البدل فى الحال ، وجوابه ما مرّ .

فصل

اعلم أن الإجارة تفسد بالشروط كما يفسد البيع ، وكلّ جهالة تفسد البيع تفسد الإجارة من جهالة المعقود عليه أو الأجرة أو المدّة لما عرف أن الجهالة مفضية إلى المنازعة . والأصل قوله عليه الصلاة والسلام « من استأجر أجيرا فليعلمه أجره » شرط أن تكون الأجرة معلومة كما شرطه فى البيع ؛ ولو آجر الدار على أن يعمرها أو يطينها أو يضع فيها جذعا فهو فاسد لجهالة الأجرة لأن بعضها مجهول ، لأنه لايدرى ما يحتاج إليه من العمارة ، ويعرف غيرها من الشروط المفسدة لمن يتأملها فتقاس عليها (وإذا فسدت الإجارة يجب أجر المثل) لأن التسمية إنما تجب بالعقود الصحيحة . أما الفاسدة فتجب فيها قيمة المعقود عليه كما فى البيع . وقال عليه الصلاة والسلام فى النكاح بغير مهر « فإن دخل بها فلها مهر مثلها لاوكس ولا شطط (١) » فدلّ على وجوب القيمة فى العقد الفاسد .

---

(١) قوله لاوكس ولا شطط ، قال فى مختار الصحاح : الوكس : النقص ، وقد وكس الشيء من باب وعد . وفى الحديث « لها مهر مثلها لاوكس ولا شطط » أى لانقصان ولا زيادة اه مصححه .

وَلا يُزَادُ عَلَى الْمُسَمَّى ، وَإِذَا اسْتَأْجَرُوا دَارًا كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ صَحَّ فِى شَهْرٍ وَاحِدٍ وَفَسَدَ فِى بَقِيَّةِ الشُّهُورِ إِلاَّ أَنْ يُسَمِّيَ شُهُورًا مَعْلُومَةً ، فَإِذَا تَمَّ الشَّهْرُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَقْضُ الإِجَارَةِ ، فَإِنْ سَكَنَ سَاعَةً فِى الشَّهْرِ الثَّانِى صَحَّ الْعَقْدُ فِيهِ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ شَهْرٍ سَكَنَ أَوَّلَهُ ؛ وَمَنِ اسْتَأْجَرَ جَمَلاً لِيَحْمِلَ لَهُ مَحْمَلاً إِلَى مَكَّةَ جَازَ وَلَهُ الْمُعْتَادُ مِنْ ذَلِكَ ، وَإِنِ اسْتَأْجَرَهُ لِحَمْلِ الزَّادِ فَأَكَلَ مِنْهُ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّ عِوَضَهُ ،

(ولا يزاد على المسمى) لأن المنافع لاقيمة لها إلا بعقد أو شبهة عقد ضرورة لحاجة الناس ، وقد قوّماها فى العقد بما سميا ، فيكون ذلك إسقاطا للزيادة ، بخلاف البيع ، لأن الأعيان متقوّمة بنفسها ، فإذا بطل المسمى يصير كأنها تلفت بغير عقد فتجب القيمة . قال (وإذا استأجر دارا كلّ شهر بدرهم صحّ فىشهر واحد) لأنه معلوم (وفسد فى بقية الشهور) لأن كلّ كلمة للعموم وأنه مجهول (إلا أن يسمى شهورا معلومة) فيكون صحيحا فى الكلّ لكونه معلوما . قال (فإذا تمّ الشهر) فى المسئلة الأولى (فلكلّ واحد منهما نقض الإجارة) لانتهاء المدّة (فإن سكن ساعة فى الشهر الثانى صحّ العقد فيه) أيضا (وكذلك كلّ شهر سكن أوّله) لتمام العقد بتراضيهما بالسكنى ، وقيل يبقى الخيار لهما فى أوّل ليلة فى الشهر ويومها دفعا للحرج عنهما ، لما فيه من اللزوم بغير التزامهما . قال (ومن استأجر جملا ليحمل له محملا إلى مكة جاز وله المعتاد من ذلك) والقياس أن لايجوز لأنه مجهول إلا أن الأصل أن مالانصّ فيه يرجع فيه إلى المتعارف ، والمقصود الراكب والمحمل تبع ، والجهالة فيه ترتفع بالرجوع إلى المعتاد فلا تفضى إلى المنازعة ، وإن شاهد الجمال المحمل فهو أولى قطعا للمنازعة لدلالته على الرضى . قال (وإن استأجره لحمل الزاد فأكل منه فله أن يردّ عوضه) لأنه يستحقّ عليه حمل قدر معلوم طول الطريق ، فيردّ عوض ما أكل ، وهو معتاد عند الناس إذا نقص عليهم ، وهكذا غير الزاد إذا أكله يردّ مثله لما بينا ؛ ولو استأجر بعيرين ليحمل على أحدهما محملا فيه رجلان وما لهما من الوطاء (١) والدثار (٢) ولم يعاين المكارى ذلك ، وعلى الآخر زاملة فيه قدر من الزاد وما يحتاج إليه من الخلّ والزيت ونحوهما ، وما يكفيه من الماء ولم يبين قدره ، وما يصلح من القربة وخيطها والميضأة (٣) والمطهرة ولم يبين وزنه ، أو شرط أن يحمل هدايا من مكة ما يحمله الناس ، فهو جائز استحسانا ، لأن ذلك معلوم عرفا ، والمعلوم عرفا كالمشروط ، ويحمل قربتين من ماء .

---

(١) قوله الوطاء : هو الفراش الذى يفرش تحت الركاب .

(٢) والدثار : هو الذى يتغطى به الراكب .

(٣) قوله الميضأة ، قال فى القاموس : والميضأة : الموضع يتوضأ فيه ومنه:

وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الظِّئْرِ بِأُجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ ، وَيَجُوزُ بِطَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا (سم) ، وَلَا يَمْنَعُ زَوْجَهَا مِنْ وَطْئِهَا ، وَلَا تَجُوزُ الإِجَارَةُ عَلَى الطَّاعَاتِ كَالحَجِّ وَالأَذَانِ وَالإِمَامَةِ وَتَعْلِيمِ القُرْآنِ وَالفِقْهِ ، وَبَعْضُ أَصْحَابِنَا المُتَأَخِّرِينَ قَالَ : يَجُوزُ

وإداوتين من أعظم ما يكون ، وكذلك إذا اكترى عقبة للتعارف ، وكذلك إذا استأجر دابة ليتعاقبا فى الركوب ينزل أحدهما ويركب الآخر ، وإن لم يبين مقدار ما يركب كلّ واحد منهما لجريان التعارف بذلك . قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) لقوله تعالى ـ فان أرضعن لكم فآتوهنّ أجورهنّ ـ ولأن التعامل بذلك جار بين الناس . قال (ويجوز بطعامها وكسوتها) وقالا : لايجوز وهو القياس للجهالة ، فإن طعامها وكسوتها مجهول حتى لو شرط قدرا من الطعام كلّ يوم وكسوة ثوب موصوف الجنس والطول والعرض كلّ ستة أشهر جاز بالإجماع . ولأبى حنيفة أن هذه الجهالة لاتفضى إلى المنازعة ، لأن العادة جرت بالتوسعة على الأظآر وعدم المماكسة معهنّ ، وإعطائهنّ شهواتهنّ شفقة على الأولاد ، ويجب عليها القيام بأمر الصبىّ مما يصلحه من رضاعه وغسل ثيابه وإصلاح طعامه وما يداوى به ، لأن هذه الأعمال مشروطة عليها عرفا ، ولو أرضعته جاريتها أو استأجرت من أرضعته فلها الأجر لأنها بمنزلة الأجير المشترك لأن المعقود عليه العمل ، ولو شرط أن ترضعه بنفسها فأرضعته جاريتها فلا أجر لها للمخالفة فيما فيه تفاوت ، وقيل لها الأجر لأن المقصود من الإرضاع حياة الصبىّ وهما سواء فيه ، وما بينهما من التفاوت يسير لايعتبر ؛ ولو أرضعته بلبن غنم أو بقر فلا أجر لها ، لأنه إيجار وليس بارضاع . قال (ولا يمنع زوجها من وطئها) لأن حقه ثابت بالنكاح قبل الإجارة ، وهو قائم بعدها ، ولهم منعه من غشيانها فى منزلهم مخافة الحبل ، ولأنه ليس له ولاية الدخول إلى ملك الغير بغير أمره ، فان حبلت فلهم فسخ الإجارة ؛ وكذلك إن كان الصبىّ لايرضع لبنها أو يقذفه أو يتقايأه ، أو تكون سارقة أو فاجرة ، أو يريدون السفر ، لأن كل ذلك أعذار ، ولأن الصبىّ يستضرّ بلبنها ، وكذلك إذا مرضت ، وكذا لو مات الصبىّ أو الظئر انتقضت الإجارة ولزوجها نقض الإجارة إذا لم يرض صيانة لحقه . قال (ولا تجوز الإجارة على الطاعات كالحجّ والأذان والإمامة وتعليم القرآن والفقه) لما روى عن عثمان بن أبى العاص رضى الله عنه أنه قال : آخر ما عهد إلىّ رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لاأتخذ مؤذنا يأخذ على الأذان أجرا ، ولأن القربة تقع من العامل . قال الله تعالى ـ وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ـ فلا يجوز له أخذ الأجرة من غيره كالصوم والصلاة ، وكذا لايجوز على تعليم الصنائع ، لأن التعليم لايقوم بالمعلم بل به وبالمتعلم وهو ذكاؤه وفطنته فلا يكون مقدورا له ، أو نقول هما شريكان ، فلا تصحّ الإجارة من أحدهما (وبعض أصحابنا المتأخرين قال : يجوز

عَلَى التَّعْلِيمِ وَالإمامَةِ فِي زَمانِنا ، وَعَلَيْهِ الفَتْوَى ، وَلا تَجُوزُ عَلَى المَعاصِي كالغِناءِ وَالنَّوْحِ وَنَحْوِهِما ، وَلا عَلَى عَسْبِ التَّيْسِ ، وَتَجُوزُ أُجْرَةُ الحَجَّامِ وَالحَمَّامِ ؛ وَمَنِ اسْتَأْجَرَ دابَّةً لِيَحْمِلَ عَلَيْها طَعاما بِقَفِيزٍ مِنْهُ فَهُوَ فاسِدٌ ، وَلَوْ قالَ : أَمَرْتُكَ أَنْ تَخِيطَهُ قَباءً ، وَقالَ الخَيَّاطُ قَمِيصًا ، فالقَوْلُ لِصاحِبِ الثَّوْبِ وَيَحْلِفُ ، فإذا حَلَفَ فالخَيَّاطُ ضامِنٌ ؛ وَلَوْ قالَ : خِطْتَهُ بِغَيْرِ أَجْرٍ ، وَقالَ الصَّانِعُ بِأَجْرٍ ، فإنْ كانَ قَبْلَ العَمَلِ يَتَحالَفانِ وَيُبْدَأُ بِيَمِينِ المُسْتَأْجِرِ ،

على التعليم والإمامة فى زماننا ، وعليه الفتوى) لحاجة الناس إليه وظهور التوانى فى الأمور الدينية ، وكسل الناس فى الاحتساب ، فلو امتنع الجواز يضيع حفظ القرآن ؛ ولو استأجر مصحفا أو كتابا ليقرأ منه لم يجز ولا أجر له ، لأن القراءة والنظر منفعة تحدث من القارئ لامن الكتاب ، فصار كما لو استأجر شيئا لينظر إليه لايجوز . قال (ولاتجوز على المعاصى كالغناء والنوح ونحوهما) لأنها لاتستحقّ بالعقد فلا تجوز . قال (ولا على عسب التيس) لنهيه صلى الله عليه وسلم عن ذلك وهو أن يستأجر التيس لينزو على غنمه ويدخل فيه كلّ فحل كالحصان والحمار وغيرهما . أما النزو بغير أجر لابأس به ، وأخذ الأجر عليه حرام . قال (وتجوز أجرة الحجام) فقد صحّ أنه عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجام أجره والنهى الوارد فيه للإشفاق لما فيه من الدناءة وباجماع المسلمين . قال (والحمام) للتعامل ولا اعتبار للجهالة مع اصطلاح المسلمين . قال (ومن استأجر دابة ليحمل عليها طعاما بقفيز منه فهو فاسد) لأنه جعل الأجر بعض مايخرج من عمله فصار كقفيز الطحان ،وقد نهى النبيّ صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان ، وهو أن يستأجر ثورا أو رحى ليطحن له حنطة بقفيز منها . وينبنى على هذا مسائل كثيرة تعرف بالتأمل : منها إذا دفع إلى حائك غزلا لينسجه بالنصف ، والمعنى فيه أن المستأجر عجز عن الأجرة وهو بعض المنسوج والمطحون ، لأن ذلك إنما يحصل بفعل الأجر فلا يكون قادرا بقدرة غيره . قال (ولو قال أمرتك أن تخيطه قباء ، وقال الخياط قميصا فالقول لصاحب الثوب) وكذا إذا اختلفا فى صبغ الثوب أصفر أو أحمر ، أو بزعفران أو بعصفر ؛ ووجهه أن الخياط والصباغ أقرّ بسبب الضمان وهو التصرّف فى ملك الغير ، ثم ادّعى ما يبرئه وصاحبه ينكر ، ولأن الإذن يستفاد من جهة ربّ الثوب فيكون القول قوله لأنه أخبر بذلك (ويحلف) لأنه لو أقرّ لزمه فيحلف لاحتمال النكول (فإذا حلف فالخياط ضامن) معناه : إن شاء ضمنه الثوب ، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله ، أو ما زاد الصبغ فى رواية (ولو قال خطته بغير أجر ، وقال الصانع بأجر ، فان كان قبل العمل يتحالفان ويبدأ بيمين المستأجر (لأن كل واحد منهما يدّعى عقدا والآخر ينكره ، لأن أحدهما يدّعى هبة العمل ، والآخر يدّعى بيعه

وإنْ كانَ بعْدَ العمَلِ فالقَوْلُ لِصَاحِبِ الثَّوْبِ ، وإذا خرِبَتِ الدَّارُ أوْ انْقَطَعَ شِرْبُ الضَّيْعَةِ أوْ ماءُ الرَّحَى انْفَسَخَ العَقْدُ ، ولَوْ ماتَ أحَدُهُما وقَدْ عقَدَهَا لِنَفْسِهِ انْفَسَخَتْ ، وإنْ عقَدَهَا لِغَيْرِهِ لَمْ تَنْفَسِخْ .

وتُفْسَخُ الإجارَةُ بالعُذْرِ ،

(وإن كان بعد العمل فالقول لصاحب الثوب) لأنه منكر ، لأنه لاقيمة للعمل بدون العقد ، وهذا قول أبي حنيفة . وذكر أبو الليث عنه فى العيون إن كانت الخياطة حرفته فله أجر مثله عملا بالعرف ، وإلا فلا أجر له ويكون متبرّعا لما بينا . وقال أبو يوسف : لاأجر له إلا أن يكون معاملة فيكون له الأجر جريا على عادتهما . وقال محمد : إن اتخذ حانوتا وانتصب لهذه الصناعة فله الأجرة وإلا فلا ، وعليه الفتوى ، لأنه دليل على العمل بالأجرة عرفا ، والمعروف كالمشروط . قال محمد : لو أمره أن ينقش اسمه على فصه فنقش اسم غيره ضمنه ، لأنه فوّت غرضه وهو الختم فصار كالاستهلاك ؛ ولو استأجره ليحفر له بئرا بأجر مسمى وسمى طولها وعرضها جاز ؛ وفى القبور يجوز وإن لم يبين ذلك لأنه معلوم عرفا ، فان وجد باطن الأرض أشدّ فليس بعذر ، وإن تعذّر الحفر فهو عذر ولا يستحقّ الأجر حتى يفرغ ، لأنه عمل واحد لاينتفع به قبل التمام . قال (وإذا خربت الدار ، أو انقطع شرب الضيعة أو ماء الرحى ، انفسخ العقد) لفوات المعقود عليه وهى المنفعة قبل القبض لما بينا أنها تحدث شيئا فشيئا ، وصار كموت العبد المستأجر ، وقيل لاينفسخ لكن له الفسخ . قالوا : وهو الأصحّ فانه روى عن محمد نصا : لو انهدم البيت المستأجر فبناه الآجر ليس للمستأجر أن يمتنع ، وذلك لأن أصل المعقود عليه لايفوت ، لأن الانتفاع بالعرصة ممكن بدون البناء ، إلا أنه ناقص فصار كالعيب فيستحقّ الفسخ ، ولو وجد بها عيبا يخلّ بالمنافع كمرض العبد والدّابة ودبرها وانهدام بعض البناء فله الخيار ، إن شاء استوفى المنفعة مع العيب ، ويلزمه جميع البدل لأنه رضى بالعيب ، وإن شاء فسخ لأنه وجد العيب قبل القبض ، لأن المنفعة توجد شيئا فشيئا فكان له فسخه ، فان زال العيب أو أزاله المؤجر فلا خيار له (ولو مات أحدهما وقد عقدها لنفسه انفسخت) لما مرّ أنها تنعقد شيئا فشيئا فلا تبقى بدون العاقد (وإن عقدها لغيره لم تنفسخ) كالوصىّ والولىّ وقيم الوقف والوكيل لأنه نائب عنهم فكأنه معبر .

فصل

(وتفسخ الإجارة بالعذر) والأصل فيه أنه متى تحقق عجز العاقد عن المضىّ فى موجب العقد إلا بضرر يلحقه ، وهو لم يرض به يكون عذرا تفسخ به الإجارة دفعا للضرر .

كَمَنِ اسْتَأْجَرَ حَانُوتا لِيَتَّجِرَ فَأَفْلَسَ ، أَوْ آجَرَ شَيْئًا ، ثُمَّ لَزِمَهُ دَيْنٌ وَلَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ ؛ وكذلك إنِ اسْتَأْجَرَ دابَّةً لِلسَّفَرِ فَبَدَا لَهُ تُفْسَخُ الإجارَةُ ، وَإنْ بَدَا لِلْمُكارِي فَلَيْسَ بِعُذْرٍ .

كتاب الرهن

وهل يشترط للفسخ قضاء القاضى ؟ ذكر فى الزيادات إن كان عذرا فيه شبهة كالدين يشترط له القضاء ، وإن كان واضحا لا . وذكر فى المبسوط والجامع الصغير أنه ليس بشرط ، وينفرد العاقد به وهو الصحيح ، لأنه فى معنى العيب قبل القبض على ما بيناه ، وذلك كمن استأجر إنسانا ليقلع ضرسه فسكن وجعه ، أو ليقطع يده لأكلة فسقطت الآكلة فانه تفسخ الإجارة ، وهذا حجة على من يقول إنها لاتفسخ بالعذر ، و (كمن استأجر حانوتا ليتجر فأفلس ، أو آجر شيئا ثم لزمه دين ولا مال له سواه) فان القاضى يفسخها ويبيعه فى الدين ، لأن على تقدير عدم الفسخ يلزمه ضرر لم يلتزمه بالعقد ، وهو حبسه على الدين والإجارة على تقدير الإفلاس فيفسخ دفعا للضرر (وكذلك إن استأجر دابة للسفر فبدا له (١) تفسخ الإجارة) لأنه يلزمه الضرر بالمضىّ على العقد ، لأنه ربما أراد التجارة فأفلس ، أو لطلب غريم فحضر (وإن بدا للمكارى فليس بعذر) لأنه يمكنه إنفاذ الدوابّ مع أجيره فلا يتضرّر . وعن الكرخى : إن مرض المكارى فهو عذر ، لأنه لايخلو عن نوع ضرر فيعذر حالة الاضطرار لاحالة الاختيار ، وعلى ربّ الدار عمارتها وإصلاح ميازيبها وبئر الماء وتنظيف البالوعة الممتلئة من أفعال المستأجر ، وكلّ ما يكون مضرّا بالسكنى ، فإن لم يفعل فللمستأجر أن يخرج ؛ وإن رأى هذه العيوب وقت الإجارة فلا خيار له لأنه رضى بالعيب ، وعلى المستأجر رمى التراب والرماد المجتمع فى الدار من كنسه لأنه ليس من باب السكنى ، كرى نهر رحا الماء على الآجر إلا أن يكون شرطه على المستأجر

كتاب الرهن

وهو فى اللغة : مطلق الحبس ، قال الله تعالى ـ كلّ نفس بما كسبت رهينه ـ . وفى الشرع : الحبس بمال مخصوص بصفة مخصوصة ، شرع وثيقة للاستيفاء ليضجر الراهن بحبس عينه فيسارع إلى إيفاء الدين ليفتكها فينتفع بها ويصل المرتهن إلى حقه ؛ ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى ـ فرهان مقبوضة ـ وأنه أمر بصيغة الإخبار نقلا عن المفسرين ، معناه : وإن كنتم مسافرين ولم تجدوا كاتبا فارتهنوا رهانا

---

(١) قوله فبدا له : أى ظهر للمستأجر رأى غير الأوّل منعه من السفر اه مصححه .

وَهُوَ عَقْدُ وَثِيقَةٍ بِمَالٍ مَضْمُونٍ بِنَفْسِهِ يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنْهُ ، وَلَا يَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ أَوْ بِالتَّخْلِيَةِ ، وَقَبْلَ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ سَلَّمَ وَإِنْ شَاءَ لَا ،

مقبوضة وثيقة بأموالكم . والسنة ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام رهن درعه عند أبي الشحم اليهودى بالمدينة » وبعث صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون فأقرّهم عليه ، وعليه الإجماع . قال (وهو عقد وثيقة) لابدّ فيه من الإيجاب والقبول كسائر العقود . قال (بمال مضمون بنفسه) أى بمثله (يمكن استيفاؤه منه) على ما نبينه إن شاء الله تعالى (ولا يتمّ إلا بالقبض) قال الله تعالى - فرهان مقبوضة - وصفها بكونها مقبوضة فلا تكون إلا بهذه الصفة ، ولأنه عقد تبرّع ، ألا ترى أنه لايجبر عليه ، فيكون تمامه بالقبض كالهبة (أو بالتخلية) لقيامها مقامه كما فى البيع والهبة (وقبل ذلك إن شاء سلم وإن شاء لا) لما بينا أنه تبرّع ؛ ثم الرهن لايخلو ، إما إن كان بدين وهو المثلى ، أو بعين وهو غير المثلى ؛ فان كان بدين جاز على كلّ حال بأىّ وجه ثبت ، سواء كان من الأثمان أو من غيرها ؛ وإن كان بعين فالأعيان على وجهين : مضمونة ، وغير مضمونة . فالمضمونة على وجهين : مضمونة بنفسها ، ومضمونة بغيرها ؛ فالمضمون بنفسه : ما يجب عند هلاكه مثله أو قيمته كالمغصوب والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ؛ فيجوز الرهن بها لأنها مضمونة ضمانا صحيحا يمكن استيفاء الدين منه ؛ والمضمون بغيرها كالمبيع فى يد البائع فلا يجوز الرهن بها ، لأنه لايجب بهلاكه حتى يستوفى من الرهن ، لأنه إذا هلك المبيع يبطل البيع ويسقط الثمن فصار كما ليس بمضمون . والأعيان الغير المضمونة : وهى الأمانات كالوديعة والعارية ومال المضاربة والشركة والمستأجر ونحوها لايجوز الرهن بها ، لأن الرهن مقتضاه الضمان على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، وما ليس بمضمون لايوجد فيه معنى الرهن ، وقوله فى المختصر يمكن استيفاؤها منه احترازا عن هذا ، ولا يجوز بالشفعة ولا بالدرك ولا بدين سيجب ، لأنه وثيقة بمعدوم ، ولا بالقصاص فى النفس وما دونها لعدم التمكن من الاستيفاء ، ويجوز بجناية الخطأ ويكون رهنا بالأرش لأنه يمكن استيفاؤه ، ولا يجوز بالكفالة بالنفس لتعذّر الاستيفاء ، ولا بأجرة النائحة والمغنية لأنه غير مضمون ، ويجوز شرط الخيار للراهن لأنه لايملك الفسخ فيفيد الشرط ، ولا يجوز للمرتهن لأنه يملك الفسخ بغير شرط فلا يفيد ، ولا يجوز رهن ما لا يجوز بيعه كالحرّ والمدبر وأمّ الولد والمكاتب والميتة والدم لأنه يمكن الاستيفاء منها فلا يحصل التوثق ، وكذا جذع فى سقف وذراع من ثوب وأشباهه لما مرّ ، ولا يجوز للمسلم رهن الخمر والخنزير ، ويجوز للذمىّ ، لأن الرهن والارتهان للوفاء والاستيفاء ، ولا يجوز للمسلم ذلك من الخمر ويجوز للذمىّ ؛ ثم الرهن على ثلاثة أضرب : جائز ، وباطل وقد ذكرناهما . وفاسد وهو رهن المبيع ورهن المشاع والمشغول بحقّ الغير ، أو اشترى عبدا أو خلا ورهن بالثمن رهنا ثم ظهر

وَلا يَصِحُّ إلاَّ مَحُوزًا مُفَرَّغا مُتَمَيِّزًا ، فإذَا قَبَضَهُ المُرْتَهِنُ دَخَلَ فى ضَمانِه .

العبد حرا والخلّ خمرا ، أو قتل عبدا فأعطاه بقيمته رهنا ثم ظهر حرا . قال القدورى فى شرحه : يهلك بغير شىء ، لأن المبيع غير مضمون بنفسه ، والقبض لم يتمّ فى المشاع والمشغول ، ولم يصحّ فى الحرّ والخمر كما لو رهنه ابتداء . ونصّ محمد فى المبسوط والجامع أن المقبوض بحكم رهنّ فاسد مضمون بالأقلّ من قيمته ومن الدين ، لأن الرهن انعقد لمقابلة المال بالمال حقيقة فى البعض ، وفى البعض فى ظنهما لكنه فسد لنقصان فيه ، لأنه لا يمكن استيفاؤه من الرهن فيكون مضمونا بالأقلّ منهما ، كالمقبوض فى البيع الكاسد مضمون بقيمته فكذا هذا ، إلا أنه يضمن الأقلّ منهما هنا ؛ أما إذا كانت القيمة أقلّ فظاهر ؛ وأما إذا كان الدين أقلّ فلأنه إنما قبضه ليكون مضمونا بالدين ، والمختار قول محمد . قال (ولا يصحّ إلا محوزا مفرغا متميزا) فالمحوز المعلوم الذى يمكن حيازته ، والمفرغ الذى لايكون مشغولا بحقّ الغير ، والمتميز المقسوم الذى قد تميز عن بقية الأنصباء ، لأن قبض الجزء الشائع لايتصور بانفراده وقبض الكلّ لا يقتضيه العقد ، وكذا كونه مشغولا بحقّ الغير يخلّ بقبضه وحبسه ، وكذا المجهول لا يمكن قبضه ، ومقصود الرهن وهو الاستيثاق لا يحصل إلا بالحبس الدّائم ، والحبس لا يتصوّر بدون القبض ، والقبض لا يمكن بدون هذا الأوصاف ، فلا يصحّ الرهن بدونها . قال (فإذا قبضه المرتهن دخل فى ضمانه) لما روى « أن رجلا رهن فرسا له بدين فنفق ، فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن : ذهب حقك » وقال عليه الصلاة والسلام « إذا عمى الرهن فهو بما فيه » قالوا : معناه - والله أعلم - إذا هلك فاشتبهت قيمته ؛ وقد نقل أصحابنا إجماع الأمة على أنه مضمون على اختلافهم فى كيفية الضمان ، ولأنه لما ملك حبسه صار مستوفيا حقه من وجه لأنه الاستيفاء ليتوسل به إلى حقه مخافة الجحود ، وقد تأكد هذا الاستيفاء بالهلاك ، فلو وفاه ثانيا يؤدى إلى الربا ، ولا يمكنه المطالبة بحقه إلا أن ينقض القبض والحبس ويردّه إلى الراهن وأنه عاجز عنه ففات شرط المطالبة فبطلت ؛ ومن ادعى أنه أمانة فقد خالف الإجماع وتعلقه بقوله عليه الصلاة والسلام « لايغلق الرهن هو لصاحبه له غنمه وعليه غرمه » لا حجة له فيه لأن معناه لا يصير الرهن للمرتهن بدينه ولا يحبسه بحيث لا ينفك ، هذا معناه ، ويشهد له بيت ابن زهير :

وفارقتك برهن لافكاك له ... يوم الوداع فأضحى الرهن قد غلقا

أى محبوسا لافكاك له ، وكذا كانت عادتهم فى الجاهلية ، فقال عليه الصلاة والسلام ذلك قلعا لهم عن العوائد الجاهلية ، لما فيه من تملك مال الغير بغير أمره وقوله « له غنمه وعليه غرمه » أى إذا بيع ففضل من الثمن شىء فهوله ، وإن نقص فعليه أو له غنمه

وَيَهْلِكُ عَلَى مِلْكِ الرَّاهِنِ حَتَّى يُكَفِّنَهُ ، وَيَصِيرُ الْمُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا مِن مَالِيَّتِهِ قَدْرَ دَيْنِهِ حُكْمًا وَالْفَاضِلُ أَمَانَةٌ ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ سَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ بِقَدْرِهِ ، وَتُعْتَبَرَ الْقِيمَةُ يَوْمَ الْقَبْضِ ، فَإِنْ أَوْدَعَهُ أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ بِبَيْعٍ أَوْ إِجَارَةٍ أَوْ إِعَارَةٍ أَوْ رَهْنٍ وَنَحْوِهِ ضَمِنَهُ بِجَمِيعِ قِيمَتِهِ ، وَنَفَقَةُ الرَّهْنِ وَأُجْرَةُ الرَّاعِي عَلَى الرَّاهِنِ وَنَمَاؤُهُ لَهُ ، وَيَصِيرُ رَهْنًا مَعَ الْأَصْلِ ،

لسقوط الدين عنه بهلاكه وعليه غرمه ، وهو قضاء ما بقى من الدين إن لم يف به . وعن علىّ رضى الله عنه فى مثله قال يترادّان الفضل . قال (ويهلك على ملك الراهن حتى يكفنه) لأنه ملكه حقيقة ، وهو أمانة فى يد المرتهن حتى لو اشتراه لاينوب قبض الرهن عن قبض الشراء ، لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الضمان ، وإذا كان ملكه فمات كان عليه كفنه . قال (ويصير المرتهن مستوفيا من ماليته قدر دينه حكما والفاضل أمانة ، وإن كان أقلّ سقط من الدين بقدره) لأن المضمون قدر ما يستوفيه من الدين ، فعند زيادة قيمته الزيادة أمانة ، لأنها فاضلة عن الدين وقد قبضها بإذن المالك ، وعند النقصان قد استوفى قيمته فبقى الباقى عليه كما كان . قال (وتعتبر القيمة يوم القبض) لأنه يومئذ دخل فى ضمانه وفيه يثبت الاستيفاء يدا ثم يتقرر بالهلاك ، ولو اختلفا فى القيمة فالقول للمرتهن لأنه ينكر الزيادة ، والبينة للراهن لأنه يثبتها . قال (فإن أودعه أو تصرّف فيه ببيع أو إجارة أو إعارة أو رهن ونحوه ضمنه بجميع قيمته) وكذا إذا تعدّى فيه كاللبس والركوب والسكنى والاستخدام لأنه متعدّ فى ذلك إذ هو غير مأمور به من جهة المالك والزائد على قدر الدين أمانة ، والأمانات تضمن بالتعدى ، ولا ينفسخ عقد الرهن بالتعدّى ، ولأنه ما رضى إلا بحفظه والناس يختلفون فيه فكان مخالفا ، بخلاف زوجته وولده وخادمه الذين فى عياله ، لأن الإنسان إنما يحفظ ماله غالبا بهؤلاء ، فيكون الرضى بحفظه رضى بحفظهم ، ولأنه لابد له من ذلك ، لأنه لايمكنه ملازمة البيت ولا استصحاب الرهن ، فصار الحفظ بهؤلاء معلوما له فلا يضمن ؛ ولبس الخاتم فى خنصره تعدّ وفى غيرها حفظ ، والتقلد بالسيف والسيفين تعدّ للعادة وبالثلاث لا ؛ ووضع العمامة والطيلسان على الرأس كما جرت به العادة تعدّ ، ووضعهما على العاتق أو الكتف لا ؛ والتعمم بالقميص ليس بتعدّ ؛ ووضع الخلخال موضع السوار وبالعكس ليس بتعدّ ، ولبسهما موضعهما تعدّ . قال (ونفقة الرهن وأجرة الراعى على الراهن) وكذلك كل ما يحتاج إليه لبقاء الرهن ومصلحته ، لأنه باق على ملكه وذلك مئونة الملك ، والرعى من النفقة لأنه علف الحيوان والكسوة والظئر وإصلاح شجر البستان وسقيها ، وجذاذ الثمرة من النفقة . قال (ونماؤه له) لبقائه على ملكه كالولد واللبن والسمن والثمرة (ويصير رهنا مع الأصل) لأن الرهن حقّ لازم

إلاَّ أنَّهُ إنْ هَلَكَ يَهْلِكُ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، وَإنْ بَقِيَ النَّماءُ وَهَلَكَ الأَصْلُ افْتَكَّهُ بِحِصَّتِهِ ، يُقَسَّمُ الدينُ عَلَى قِيمَتِهِ يَوْمَ الفَكاكِ وَقِيمَةِ الأَصْلِ يَوْمَ القَبْضِ وَتَسْقُطُ حِصَّةُ الأَصْلِ ، وَتَجُوزُ الزِّيادَةُ فى الرَّهْنِ (ز) وَلا تَجُوزُ فى الدَّيْنِ (س) وَلا يَصِيرُ الرَّهْنُ رَهْنًا بِهِما ، وأُجْرَةُ مَكانِ الحِفْظِ عَلَى المُرْتَهِنِ ، وَلَهُ أنْ يَحْفَظَهُ بِنَفْسِهِ وَزَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ وَخادِمِهِ الَّذِى فى عِيالِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ أنْ يَنْتَفِعَ بالرَّهْنِ ،

فيسرى إلى التبع (إلا أنه إن هلك يهلك بغير شيء) لأنه لم يدخل تحت العقد مقصودا فلا يكون له قسط من الدين ، ولأن المرتهن لم يقبضها بجهة الاستيفاء ولا التزم ضمانها فلا يلزمه كولد المبيعة قبل القبض مبيع وليس بمضمون على البائع ، ولا معتبر بنقصان القيمة وزيادتها لأن ذلك يختلف باختلاف رغبات الناس ، أما العين فلم تتغير ، والقبض ورد على العين دون القيمة ، وغلة العقار وكسب الرهن ليس برهن لأنه غير متولد منه ولا بدل عنه ككسب المبيع وغلته . قال (وإن بقى النماء وهلك الأصل افتكه بحصته) لأن الرهن مضمون بالقبض والزيادة مقصودة بالفكاك ، ومتى صار التبع مقصودا قابله شيء من البدل كولد المبيع . قال (يقسم الدين على قيمته يوم الفكاك ، وقيمة الأصل يوم القبض) لما بينا (وتسقط حصة الأصل) لما مرّ . قال (وتجوز الزيادة فى الرهن ولا تجوز فى الدين ، ولا يصير الرهن رهنا بهما) وقال أبو يوسف : تجوز الزيادة فى الدين أيضا ، لأن الدين والرهن كالثمن والمبيع فتجوز الزيادة فيهما بجامع دفع الحاجة ، بدليل إقدامهما وصحة تصرفهما . ولنا أن الزيادة فى الرهن توجب شيوع الدين ، وذلك غير مانع من صحة الرهن ، والزيادة فى الدين توجب شيوع الرهن لأنه لابد أن يقابله شيء من الرهن وشيوع الرهن مانع من صحته على ما بينا . وقال زفر : لايجوز فيهما ، أما فى الدين فلما قالا ، وأما فى الرهن فلأنه جعله رهنا ببعض الدين فلا يجوز كما إذا جعله رهنا بكله ، فانه لو جعله رهنا بكله لايجوز حتى يردّ المرتهن الرهن الأوّل ، وجوابه أن الزيادة تلحق بأصل العقد كما مرّ فى البيع فيصير كأنه رهنهما من الابتداء . قال (وأجرة مكان الحفظ على المرتهن) لأن الحفظ عليه ليردّه إلى الراهن ليسلم له حقه فيكون عليه بدله أيضا ، وكذلك أجرة الحافظ وجُعل الآبق ، لأنه يحتاج إلى إعادة يده ليردّه على مالكه فكان من مئونة الردّ فيجب عليه ، وإن كانت قيمته أكثر من الدين فعلى الراهن قدر الزيادة لأنها أمانة فتكون يده يد المالك فتكون المئونة على المالك ، وهذا فى جعل الآبق ظاهر ، لأنه لأجل الضمان فيتقدّر بقدر المضمون ؛ أما أجرة البيت فالجميع على المرتهن لأنه بسبب الاحتباس ، والحبس ثابت له فى الكلّ ، والخراج على الراهن لأنه مئونة ملكه . قال (وله أن يحفظه بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله) وقد تقدم . قال (وليس له أن ينتفع بالرهن) لأنه غير مأذون له

فَإِنْ أذِنَ لَهُ الرَّاهِنُ فَهَلَكَ حالةَ الاسْتِعْمالِ هَلَكَ أمانَةً .

وَيَصِحُّ رَهْنُ الدَراهِمِ وَالدنانيرِ ، فانْ رُهِنَتْ بجِنْسِها فَهَلَكَتْ سَقَطَ مِثْلُها مِنَ الدينِ ، وكذلكَ كُلُّ مَكيلٍ وَمَوْزُونٍ ، وَإِنِ اخْتَلَفا فى الجَوْدَةِ وَالرَّداءَةِ ؛ وَيَصِح برأسِ مالِ السَّلَمِ وَبَدَلِ الصَّرْفِ ، فانْ هَلَكَ قَبْلَ الافْتِراقِ تَمَّ الصَّرْفُ وَالسَّلَمُ وَصارَ مُسْتَوْفيا ، وَإِنِ افْتَرَقا وَالرهْنُ قائمٌ بَطَلا ؛ وَيَصِحُّ بالدَّيْنِ المَوْعُودِ ، فإنْ هَلَكَ هَلَكَ بِمَا سُمِّى . وَمَنِ اشْتَرَى شَيْئا عَلَى أنْ يَرْهَنَ بالثَّمَنِ شَيْئا بعَيْنِهِ فامْتَنَعَ لَمْ يُجْبَرْ ، وَالبائِعُ إنْ شاءَ تَرَكَ الرَّهْنَ ، وَإنْ شاءَ رَدَّ البَيْعَ . إلاَّ أنْ يُعْطِيَهُ الثَّمَنَ حالاً ،

فى ذلك ، وإنما له ولاية الحبس لاغير (فإن أذن له الراهن فهلك حالة الاستعمال هلك أمانة) لأنه عارية على ما يأتى فى بابها ، وإن هلك قبل الاستعمال هلك مضمونا لبقاء يد الراهن ، وكذا بعد الاستعمال لزوال يد العارية وعود يد الراهن

فصـــل

(ويصحّ رهن الدراهم والدنانير) لتحقق الاستيفاء منها فكانت محلا للرهن (فإن رهنت بجنسها فهلكت سقط مثلها من الدين) لأن الاستيفاء حصل ، ولا فائدة فى تضمينه بالمثل لأنه مثلى ثم يدفعه إليه قضاء (وكذلك كلّ مكيل وموزون ، وإن اختلفا فى الجودة والرداءة) لأن الشرع أسقط اعتبار الجودة عند المقابلة بالجنس على ما مرّ فى البيوع . قال (ويصحّ برأس مال السلم وبدل الصرف) لتحقق الاستيفاء والمجانسة ثابتة فى المالية فلايكون استبدالا (فان هلك قبل الافتراق تمّ الصرف والسلم وصار مستوفيا) لتحقق القبض حكما (وإن افترقا والرهن قائم بطلا) لوجود الافتراق لاعن قبض وأنه شرط فيهما على ما عرف . قال (ويصحّ بالدين الموعود ، فإن هلك هلك بما سمى) لأنه مقبوض على جهة الرهن ، فيكون كالمقبوض على سوم الشراء . وصورته أن يرهنه شيئا على أن يقرضه درهما فيهلك قبل القرض فعليه أن يعطيه درهما ، ولو قال على أن يقرضه شيئا ولم يسمّ فهلك أعطاه ما شاء والبيان إليه ، لأن بالهلاك صار مستوفيا شيئا فيصير كأنه قال عند الهلاك : وجب لفلان علىّ شىء ، ولو قال بدراهم يلزمه ثلاثة لأنها أقلّ الجمع . وعن أبى يوسف لو قال أقرضنى وخذ هذا الرهن ، ولم يسمّ فأخذه وضاع ولم يقرضه قال : عليه قيمة الرهن . قال (ومن اشترى شيئا على أن يرهن بالثمن شيئا بعينه فامتنع لم يجبر) لما بينا أنه عقد تبرّع (والبائع إن شاء ترك الرهن ، وإن شاء ردّ البيع) لأنه وصف مرغوب فيه ، وقد فاته فيتخير . قال (إلا أن يعطيه الثمن حالا) لحصول المقصود

أَوْ يُعْطِيَهُ رَهْنًا مِثْلَ الأَوَّلِ ، وَإِنْ رَهَنَ عَبْدَيْنِ بِدَيْنٍ فَقَضَى حِصَّةَ أَحَدِهِمَا فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ حَتَّى يَقْضِيَ بَاقِيَ الدَّيْنِ ، وَإِنْ رَهَنَ عَيْنًا عِنْدَ رَجُلَيْنِ جَازَ ، وَالمَضْمُونُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حِصَّةُ دَيْنِهِ ، فَإِنْ أَوْفَى أَحَدُهُمَا فَجَمِيعُهَا رَهْنٌ عِنْدَ الآخَرِ ، وَلِلْمُرْتَهِنِ مُطَالَبَةُ الرَّاهِنِ وَحَبْسُهُ بِدَيْنِهِ وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ ، وَلَيْسَ عَلَى المُرْتَهِنِ أَنْ يُمَكِّنَهُ مِنْ بَيْعِهِ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ .

(أو يعطيه رهنا مثل الأول) لحصول المعنى ، وهو الاستيثاق بمثله فى القيمة ، والقياس أن لايجوز هذا البيع لأنه صفقة فى صفقة ، وهو منهىّ عنه ، ولأنه شرط لايقتضيه العقد وفيه نفع لأحدهما ، وأنه يفسد البيع لما مرّ . ووجه الاستحسان أنه شرط يلائم العقد ، لأن الرهن للاستيثاق ، وهو ملائم للوجوب فلا يفسده . قال (وإن رهن عبدين بدين فقضى حصة أحدهما فليس له أخذه حتى يقضى باقى الدين) لأنه ثبت له حقّ الحبس فى الكلّ للاستيثاق بالدين وبكلّ جزء منه ليكون أدعى إلى قضاء الدين ، فصار كالمبيع فى يد البائع ، وكذلك إن سمى لكل واحد منهما شيئا من الدين فى رواية الأصل . وذكر فى الزيادات : له قبضه إذا أدّى ما سمّى له ، وهو قول محمد لأنه محبوس بالقدر الذى سماه له ، ولهذا لو هلك هلك به . ووجه الأوّل أن الصفقة واحدة ، وإن عين لكلّ واحد منهما شيئا ، ولهذا لو قبل العقد فى البعض دون البعض لايجوز كما فى البيع . قال (وإن رهن عينا عند رجلين جاز) لأنه أضاف الرهن إلى جميعها صفقة واحدة ، فيكون محتبسا بما رهنها به وهو مما لايقبل التجزى فيكون محبوسا بكلّ واحد منهما ، فان تهايآ فكل واحد منهما فى حقّ صاحبه كالعدل . قال (والمضمون على كلّ واحد منهما حصة دينه) لأنه يصير مستوفيا حصته بالهلاك (فإن أوفى أحدهما فجميعها رهن عند الآخر) لأن جميعها رهن عند كلّ واحد منهما من غير تفريق لما بينا وصار كحبس المبيع إذا أدّى أحد المشتريين حصته . قال (وللمرتهن مطالبة الراهن وحبسه بدينه وإن كان الرهن فى يده) لبقاء حقه فى الدين والرهن للاستيثاق فلا يمنع المطالبة ، فإذا طالبه ومطله فقد ظلمه ، فيحبسه القاضى جزاء على الظلم (وليس على المرتهن أن يمكنه من بيعه لقضاء الدين) لأن حقه ثابت فى الحبس حتى يستوفى دينه فلا يجب عليه إبطاله بالبيع ، إلا أنه يُؤْمَرُ باحضارِه لما بينا أن قبضه قبض استيفاء ، فلو قبض دينه مع ذلك يتكرّر الاستيفاء على تقدير محتمل ، وهو الهلاك فى يده ، وإذا أحضره قيل للراهن سلم الدين أوّلا ليتعين وهو نظير بيع السلعة بالثمن .

فصـــل

فاذَا باعَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ فَهُوَ مَوْقُوفٌ عَلى إجازَةِ المُرْتَهِنِ أوْ قَضاءِ دَيْنِه ، وَإنْ أعْتَقَ العَبْدَ الرَّهْنَ نَفَذَ عِتْقُهُ ، فَيُطالَبُ بِأداءِ الدَّيْنِ إنْ كانَ حالاًّ ، وَإنْ كانَ مُؤَجَّلاً رَهَنَ قِيمَةَ العَبْدِ ، وَإنْ كان مُعْسِرًا سَعَى العَبْدُ فى الأقَلِّ مِنْ قيمَتِهِ وَالدَّيْنِ ،

فصـــل

(فاذا باع الراهن الرهن فهو موقوف على إجازة المرتهن أو قضاء دينه) لتعلق حقه بحبسه على ما بينا فيتوقف إبطاله على رضاه أو زوال حقه ، فاذا أجاز فقد رضى بزوال حقه فى الحبس ، وإذا قضى دينه فقد زال حقه فى الحبس فعمل المقتضى عمله ، وهو صدور الركن من الأهل مضافا إلى المحلّ ، ثم إذا أجاز البيع ونفذ انتقل حقه إلى بدله ، لأن له حكم المبدل كالعبد المديون إذا بيع برضا الغرماء انتقل حقهم إلى بدله ، والفقه فيه أنه إنما رضى بالانتقال دون السقوط ، وإن لم يجز البيع قيل ينفسخ كعقد الفضولى حتى لو استفكه الراهن لاسبيل للمشترى عليه ، وقيل لاينفسخ . قالوا : وهو الأصحّ لأن التوقف إنما كان صيانة لحقّ المرتهن عن البطلان وحقه فى الحبس ، وذلك لايمنع الانعقاد فيبقى موقوفا إن شاء المشترى صبر حتى يستفكه الراهن ، وإن شاء فسخ القاضى لعجزه عن التسليم وصار كاباق العبد بعد البيع قبل القبض ، فان المشترى يتخير كما ذكرنا . قال (وإن أعتق العبد الرهن نفذ عتقه) لصدور ركن الإعتاق من الأهل مضافا إلى المحلّ ، ولا خفاء فيهما عن ولاية وهى ملك الرقبة ، فيعتق كما إذا أعتق المشترى قبل القبض والآبق والمغصوب . وإذا زال ملكه عن الرقبة بالإعتاق زال ملك المرتهن فى اليد بناء عليه كالعبد المشترك وثم يزول ملك الرقبة فلأن يزول هنا ملك اليد أولى ، بخلاف البيع والهبة فانه إنما يوقف لعدم القدرة على التسليم ، ولأن فى نفاذ العتق تحصيل منفعة العبد والمولى وهو ظاهر من غير فوات مصلحة المرتهن لأنه يجب له إما سعاية العبد ، أو رهنية قيمته ، أو أداء الدين حالا ، ولو لم ينفذ العتق بطلت مصلحة المعتق والمعتق لاإلى جابر ، فكان نفاذه أتمّ مصلحة وأعمّ فائدة فكان أولى ، وإذا نفذ العتق بطل الرهن لفوات محله (فيطالب بأداء الدين إن كان حالا) إذ هو الواجب فى الديون الحالة ، ولافائدة فى طلب القيمة فانه متى قبضها والدين حالّ وقعت المقاصة (وإن كان مؤجلا رهن قيمة العبد) لقيامها مقام العبد ، فاذا حلّ الدين وهو من جنس حقه اقتصّ منه بقدره وردّ الفضل (وإن كان معسرا سعى العبد فى الأقلّ من قيمته والدين)

وَيَرْجِعُ عَلَى المَوْلَى إذَا أَيْسَرَ ، وَإنِ اسْتَهْلَكَهُ أَجْنَبِيّ فَالمُرْتَهِنُ يُضَمِّنُهُ قِيمَتَهُ يَوْمَ هَلَاكَ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ (ف) بالرَّهْنِ ، فانْ أعارَهُ المُرْتَهِنُ فَقَبَضَهُ الرَّاهِنُ خَرَجَ مِنْ ضَمَانِهِ ، فَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ هَلَكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، وَإنْ وَضَعَاهُ عَلَى يَدِ عَدْلٍ جازَ ، وَإنْ شَرَطا ذلكَ فِي العَقْدِ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِما أَخْذُهُ ، وَيَهْلِكُ مِنْ ضَمانِ المُرْتَهِنِ ،

لأنه تعذر أخذ الحقّ من جهة المعتق ، فيؤخذ ممن حصلت له فائدة العتق وهو العبد ، لأن الخراج بالضمان ، ويسعى فى الأقلّ منهما ، لأن الدين إن كان أقلّ فالحاجة تندفع به ، وإن كانت القيمة أقلّ فهو إنما حصل له هذا القدر فلا تجب عليه الزيادة (ويرجع على المولى إذا أيسر) لأنه اضطر إلى قضاء دينه بحكم الشرع فيرجع عليه ، بخلاف المستسعى ، لأنه يسعى لتحصيل العتق عند أبى حنيفة ، ولتكميله عندهما ، وههنا تمّ عتقه ، وإنما يسعى فى ضمان على غيره فيرجع كمعير الرهن ؛ ولو دبر الراهن الرهن أو كانت أمة فاستولدها صح ؛ أما التدبير فلما مر ، وأما الاستيلاد فلأن حقه أقوى من حق الأب فى جارية الابن وقد صح ثم فهنا أولى ، وحق المرتهن مجبور بالسعاية أو التضمين ، فإن كان المولى موسرا فحكمه ما مرّ فى العتق ، وإن كان معسرا سعيا فى جميع الدين ، لأن كسبهما للمولى ولهذا لا يرجعان عليه ، وإذا استهلك الراهن الرهن فهو كالعتق . قال (وإن استهلكه أجنبي فالمرتهن يضمنه قيمته يوم هلك) فيكون رهنا مكانه لأن حقه ثابت فى حبس العين ، فكذا فى بدله ، فان كانت قيمته يوم القبض ألفا وضمنه خمسمائة سقط من الدين خمسمائة كأنها هلكت بآفة سماوية . قال (وليس له أن ينتفع بالرهن) لما فيه من تفويت حق المرتهن وهو الحبس الدائم الذى يقتضيه العقد كما بينا . قال (فإن أعاره المرتهن فقبضه الراهن خرج من ضمانه ، فلو هلك فى يد الراهن هلك بغير شيء) لزوال الحبس المضمون ووصوله إلى يد الراهن ، وله أن يسترجعه لبقاء عقد الراهن ؛ ولهذا لو مات الراهن قبل ردّه فالمرتهن أحقّ به من سائر الغرماء ، وإذا أخذه عاد الضمان بعود القبض فى عقد الرهن فتعود صفته . قال (وإن وضعاه على يد عدل جاز) لأنه نائب عن الراهن فى الحفظ وعن المرتهن فى الحبس ، ويجوز أن تكون اليد الواحدة فى حكم يدين وشخص واحد بمنزلة شخصين ، كمن عجل الزكاة كان الساعى كالمالك حتى لو هلك النصاب قبل الحول أخذه من يده ، وفى منزلة الفقير حتى لو هلكت فى يده سقطت كما لو دفعها إلى الفقير (وإن شرطا ذلك فى العقد فليس لأحدهما أخذه) لتعلق حقهما به الراهن فى الحفظ والمرتهن فى الاستيفاء ، ولا يملك أحدهما إبطال حقّ الآخر . قال (ويهلك من ضمان المرتهن) لأن يده يد المرتهن وهي مضمونة فى حق

وَيجُوزُ أنْ يُوَكِّلَ المُرْتَهِنَ وَغَيرَهُ عَلى بَيْعِ الرَّهْنِ ، فإنْ شَرَطَها فى عَقْدِ الرَّهْنِ لَمْ يَنْعَزِلْ بِمَوْتِ الرَّاهِنِ وَلا بِعَزْلِهِ ؛ وَإذَا ماتَ الرَّاهِنُ باعَ وَصِيُّهُ الرَّهْنَ وَقَضَى الدَّيْنَ ، فانْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَصِيٌّ نَصَبَ القاضِي مَنْ يَفْعَلُ ذلكَ ؛ وَمَنِ اسْتَعارَ شَيْئًا لِيَرْهَنَهُ جازَ ، وَإنْ لَمْ يُسَمِّ ما يَرْهَنُهُ بِهِ ، فانْ عَيَّنَ ما يَرْهَنُهُ بِهِ فَلَيْسَ لَهُ أنْ يَزِيدَ عَلَيْهِ وَلا يَنْقُصَ .

المالية ، ولو دفعه إلى أحدهما ضمن لأنه مودع الراهن فى العين ، والمرتهن فى المالية وكلّ واحد منهما أجنبى عن الآخر فيضمن كالمودع إذا دفعه إلى أجنبى ، والعدل يبيع ولد المرهونة ويجبر على البيع عند طلب المرتهن ، ولا ينعزل بعزل الموكل وموته ، ويملك مصارفة الثمن إذا خالف جنس الدين ، والوكيل المفرد لا يملك شيئا من ذلك . قال (ويجوز أن يوكل المرتهن وغيره على بيع الرهن) لأنه آهل للتوكيل وقد وكل ببيع ماله (فإن شرطها فى عقد الرهن لم ينعزل بموت الراهن ولا بعزله) لأن الوكالة صارت وصفا للرهن بالشرط فتبقى ببقاء أصله وقد تعلق به حقّ المرتهن ، وليس للراهن إبطاله ولا للورثة لتقدّم حقه على حقهم وبقاء الرهن بعد موته ، ولو شرط البيع بعد الرهن ، قال الكرخى ينعزل بالعزل والموت لعدم اشتراطه فى العقد . وعن أبى يوسف أنه لا ينعزل ، واختاره بعض المشايخ . قال (وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لأن الدين حلّ بموته والوصى قائم مقامه ، ولو كان الراهن حيا كان له بيعه لإيفاء الدين بأمر المرتهن فكذا هذا . (فإن لم يكن له وصى نصب القاضى من يفعل ذلك) لأنه نصب لصالح المسلمين والنظر لهم عند عجزهم والنظر فيما ذكرنا ، لأنه يحتاج إلى قضاء ما عليه من الديون الحائلة بينه وبين الجنة . قال (ومن استعار شيئا ليرهنه جاز ، وإن لم يسمّ ما يرهنه به) لأن الإطلاق فى العارية معتبر لأنه لا يفضى إلى المنازعة ، وله أن يرهنه بأى قدر شاء وأىّ نوع شاء ممن شاء عملا بالإطلاق (فإن عين ما يرهنه به ، فليس له أن يزيد عليه ولا ينقص) أما الزيادة فلأنه ربما احتاج المعير إلى فكاك الرهن فيؤدى قدر الدين وما رضى بأداء القدر الزائد على ما عينه ، أو لأنه يتعسر عليه ذلك فيتضرّر به ؛ وأما النقصان فلأن الزائد على قدر الدين يكون أمانة وما رضى إلا أن يكون مضمونا كله ، فكان التعيين مفيدا فيتقيد به ، وإن رهنه بجنس آخر ضمن لأنه لم يرض به ؛ وكذا لو عين رجلا فرهن عند غيره لتفاوت الناس فى الحفظ والملاءة والقضاء ؛ وكذلك لو قيده ببلدة فرهنه بأخرى ضمن ، والمعير إن شاء ضمن الراهن لتعدّيه حيث خالف ، وإن شاء المرتهن لأنه قبض ماله بغير أمره ، فان ضمن الراهن ملك الرهن فصار كأنه رهن ملكه فتترتب عليه أحكامه وإن ضمن المرتهن رجع بدينه وبما ضمن على الراهن لأنه بسببه وغروره ، ولو رهنه بما

عين فهلك فى يد المرتهن صار مستوفيا دينه لما تقدّم ، وعلى الراهن للمعير مثله ، لأنه صار قاضيا دينه فيرجع بمثله : ولو دخله عيب نقص من الدين بحسابه ويضمنه لرب العارية ؛ ولو كانت قيمته أقل من الدين ضمن الراهن للمعين قيمته ، لأنه صار قاضيا من دينه بقدرها ؛ ولو هلك عند المستعير قبل الرهن أو بعد الفكاك لايضمن ، لأنه قبضه باذن المالك ولم يقض دينه منه ؛ وإذا أعطى المعير الدين ليأخذ الرهن أجبر المرتهن على دفعه إليه ، ورجع بذلك على الراهن لأنه غير متبرع فى ذلك لحاجته إلى خلاص ملكه ولو اختلفا فى مقدار ما أمره به فالقول للمعبر ، لأنه منه يستفاد ، ألا يرى أن له إنكار الأصل فكذا الوصف .

فصــــل

جناية الراهن على الرهن مضمونة ، لأنه كالأجنبى فى المالية حيث تعلق بها حقّ الغير حبسا واستيفاء ، وجناية المرتهن يسقط من الدين بقدرها ، لأنه لو نقص لابفعله يسقط فبفعله أولى ، وجناية الرهن على الراهن وماله هدر ؛ والمراد جناية توجب المال لأنها جناية المملوك على مالكه ، وكذلك جنايته على المرتهن ، لأنها لو اعتبرت كان عليه تطهيره منها لحدوثها فى ضمانه ، ولا يجب له الضمان ، وعليه الخلاص لعدم الفائدة . وقال أبو يوسف ومحمد : هى معتبرة لأنها على غير المالك ، وفى اعتبارها فائدة وهى دفعه إلى الجناية ، ويبطل الرهن ، وإن لم يطلب المرتهن الجناية بقى رهنا على حاله ، وإن جنى على ماله وقيمته والدين سواء لايعتبر بالإجماع لعدم الفائدة ، وإن كانت القيمة أكثر فكذا عند أبى حنيفة ، وعنه أنه يعتبر بقدر الأمانة لجناية الوديعة على المستودع .

كتاب القسمة

وهى فى الأصل : رفع الشيوع وقطع الشركة ، قال الله تعالى ـ ونبئهم أن الماء قسمة بينهم ـ أى غير شائع ولا مشترك ، بل لهم يوم وللناقة يوم ؛ ومعنى قسمة رسول الله صلى الله عليه وسلم الغنائم أنه أفرزها وقطع الشركة فيها ، وهذا المعنى مرعىّ فى التبرّع ، إلا أنه تارة يقع إفرزا وتميزا للأنصباء ، وتارة مبادلة ومعاوضة على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، وهى مشروعة بالكتاب وهو قوله تعالى ـ واعلموا أنما غنمتم من شىء ـ الآية ، بين الأنصباء وهو معنى القسمة . والسنة وهو أنه عليه الصلاة والسلام قسمَ الغنائم والمواريث ، وقسم خيبر بين أصحابه ، وعلىّ رضى الله عنه نصّب عبد الله بن يحيى ليقسم الدوَر والأرضين ويأخذ عليه الأجر ، وعليه إجماع المسلمين ، ولأن المشترك قد لايمكنهما الانتفاع به ؛

مَعْنَى الإفرازِ فيما لايتفاوتُ أظْهرُ كالمكيلِ والموزونِ ، ومعنى المبادلةِ فيما يتفاوتُ أظْهرُ كالحيوانِ والعقارِ ، إلاّ أنّهُ يُجْبَرُ المُمْتنعُ منْهُما على القِسْمةِ إذا اتّحدَ الجِنْسُ ، ولا يُجْبرُ عِنْدَ اختلافِ الجِنْسِ ، ولَوِ اقْتسَموا بأنْفسِهِمْ جازَ ، ويَقْسِمُ علَى الصَّبِيّ وَصِيُّهُ أوْ وَلِيُّهُ ؛ ويَنْبَغِي لِلْقاضِي أنْ يَنْصِبَ قاسِماً عَدْلاً مأْمُونا عالِمًا بالقِسْمةِ يَرْزُقُهُ مِنْ بَيْتِ المَالِ ، أوْ يُقَدِّرُ لَهُ أجْرًا يأْخُذُهُ مِنَ المُتَقاسِمِينَ ، وَهُوَ علَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ (سم) ،

فمست الحاجة إلى القسمة ليصل كلّ واحد إلى المنفعة بملكه ، أو لأنه لايمكنه الانتفاع إلا بالتهايؤ فيبطل عليه الانتفاع فى بعض الأزمان ، فكانت القسمة متممة للمنفعة ، وقد ذكرنا أن القسمة تكون إفرازا وتكون مبادلة فنقول (معنى الإفراز فيما لايتفاوت أظهر كالمكيل والموزون) وسائر المثليات حتى كان لكلّ واحد أن يأخذ نصيبه بغير رضى صاحبه ومع غيبته ، ويبيعه مرابحة وتولية على نصف الثمن ، ولا يخلو عن معنى المبادلة أيضا ، لأن ما حصل له كان له بعضه وبعضه لشريكه ، إلا أنه جعل وصول مثل حقه إليه كوصول عين حقه لعدم التفاوت (ومعنى المبادلة أظهر فيما يتفاوت كالحيوان والعقار) وكلّ ما ليس بمثلى حتى لايكون لأحدهما أخذ نصيبه مع غيبة الآخر ، ولو اقتسما فليس له بيعه مرابحة ، لأن ما أخذ ليس بمثل لما ترك على صاحبه (إلا أنه يجبر الممتنع منهما على القسمة إذا اتحد الجنس) كالإبل والبقر والغنم تتميما للمنفعة وتكميلا لثمرة الملك ، فان الطالب يسأل القاضى أن يخصه بنصيبه ويمنع غيره من الانتفاع به فيجيبه القاضى إلى ذلك ، لأنه نصب للمصالح ودفع المظالم ، والإجبار على المبادلة جائز إذا تعلق بها حقّ الغير كالمشترى مع الشفيع والمديون يجبر على بيع ملكه لإيفاء الدين (ولا يجبر عند اختلاف الجنس) كالحيوان مع العقار ، أو البقر مع الخيل ونحو ذلك ، لتعذّر المعادلة فيه للتفاوت الفاحش بينهما فى المقصود ، وكذلك الثياب إذا اختلفت أجناسها ، والثوبان إذا اختلفت قيمتهما (ولو اقتسموا بأنفسهم جاز) لأنه بيع ولهما ذلك . قال (ويقسم على الصبىّ وصيه أو وليه) كالبيع وسائر التصرّفات ، فإن لم يكن نصب له القاضى من يقسم . قال (وينبغى للقاضى أن ينصب قاسما عدلا مأمونا عالما بالقسمة) لأنه لاقدرة له على العمل إلا بالعلم به ، ولا اعتماد على قوله إلا بالعدالة ، ولاوثوق إلى فعله إلا بالأمانة ، ولأنه يحكم عليهم بفعله فأشبه القاضى ، فينبغى أن يكون بهذه الصفات . قال (يرزقه من بيت المال) لأن فعله يقطع المنازعة كالقضاء ، فينبغى أن يكون رزقه من بيت المال كالقاضى ، ولأنه أنفى للتهمة فكان أفضل ، ولأنه أرفق بالعامة . قال (أو يقدّر له أجرا يأخذه من المتقاسمين) لأنه يعمل لهم وإنما يقدره لئلا يطلب زيادة ويشتطّ عليهم فى الأجر . قال (وهو على عدد رءوسهم)

وَلَا يُجْبَرُ النَّاسُ عَلَى قَاسِمٍ وَاحِدٍ ، وَلَا يَتْرُكُ الْقُسَّامَ يَشْتَرِكُونَ . جَمَاعَةٌ فِى أَيْدِيهِمْ عَقَارٌ طَلَبُوا مِنَ الْقَاضِي قِسْمَتَهُ ، وَادَّعَوا أَنَّهُ مِيرَاثٌ لَمْ يَقْسِمْهُ حَتَّى يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ (ف) عَلَى (سم) الْوَفَاةِ وَعَدَدِ الْوَرَثَةِ ، فَإِنْ حَضَرَ وَارِثَانِ فَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى الْوَفَاةِ وَعَدَدِ الْوَرَثَةِ وَمَعَهُمَا وَارِثٌ غَائِبٌ قَسَمَهُ بَيْنَهُمْ إِلَّا أَنْ

وقالا : على الأنصباء لأنها مئونة الملك فيتقدّر بقدره ، فصار كحافر بئر مشتركة ونفقة المملوك المشترك . ولأبى حنيفة أنه جزاء عمله وهو التميز والإفراز ، ويستوى فيه القليل والكثير . بيانه أنه لا يأخذ الأجر على المساحة والمشي على الحدود ، حتى لو استعان فى ذلك بأرباب الملك فله الأجر إذا قسم وميز ، وربما يكثر عمله فى القليل لأن الحساب إنما يدقّ ويصعب عند تفاوت الأنصباء لا عند استوائهما ، بخلاف حفر البئر فإن الأجرة مقابلة بالعمل وهو نقل التراب ، ونفقة المملوك لإبقاء الملك وحاجة صاحب الكثير أكثر ، وبخلاف الكيلى والوزنى لأنه أجر عمله ، ولهذا لو استعان فى ذلك بأرباب الملك لا أجر له ، وكيل الكثير أكثر من كيل القليل قطعا . وروى عن أبى حنيفة أن الأجر على الطالب لأنه هو المنتفع به دون الممتنع لتضرّره به . قال (ولا يجبر الناس على قاسم واحد) معناه إذا لم يقدّر أجره لأنه يتعدى أجر مثله ويتحكم فى طلب الزيادة وأنه ضرر . قال (ولا يترك القسام يشتركون) لأن عند الاشتراك لا يخافون الفوت فيتغالون فى الأجر ، وعند عدم الاشتراك يخاف الفوت بسبق غيره فيبادر إلى العمل فيرخص الأجر . قال (جماعة فى أيديهم عقار طلبوا من القاضى قسمته ، وادّعوا أنه ميراث لم يقسمه حتى يقيموا البينة على الوفاة وعدد الورثة) وقالا : يقسمه باعترافهم ، ويذكر فى كتاب القسمة أنه قسمه بقولهم ، ولا يحتاج إلى بينة لأن اليد دليل الملك ، والظاهر صدقهم ولا منازع لهم كما فى غير العقار ؛ وكما إذا ادعوا فى العقار الشراء أو مطلق الملك ، فانه يقسمه فى هذه الصور بالإجماع ؛ وكذا لو كان فى الورثة كبير غائب أوصغير والدار فى أيدى الكبار الحضور يقسمها بقولهم ، ويعزل نصيب الصغير والغائب إلا أن يكون العقار فى يد الغائب أو الصبى ، فلا بدّ من حضورهما لئلا يكون قضاء على الغائب والصبى ، وإنما يذكر أنه قسمها بقولهم لئلا يتعدّاهم الحكم . ولأبى حنيفة أن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت ، لأن الزوائد المتولدة منها تحدث على ملكه حتى يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ، فلا يجوز للقاضى قطع حكم ملكه إلا ببينة ، بخلاف المنقول لأنه يحتاج إلى الحفظ ، فكانت قسمته للحفظ والعقار محفوظ بنفسه ، وبخلاف المشترى لأن ملك البائع انقطع عن المبيع فلم تكن القسمة قضاء على الغير ، وكذا إذا أطلقوا الملك لأنهم ما اعترفوا به لغيرهم . وفى الجامع الصغير شرط إقامة البينة عند الإطلاق ، لأن قسمة الحفظ لا يحتاج إليها فى العقار ، وقسمة الملك تفتقر إلى ثبوته فاحتاج إلى البينة . قال (فإن حضر وارثان فأقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة ومعهما وارث غائب قسمه بينهم إلا أن

يَكُونَ العَقارُ فى يَدِ الغائِبِ ، وفى الشِّراءِ لايَقْسِمُهُ إلاَّ بِحَضْرَةِ الجَمِيعِ ، وَإنْ حَضَرَ وَارِثٌ وَاحِدٌ لَمْ يَقْسِمْ وَإنْ أقامَ البَيِّنَةَ .

وَإذَا طَلَبَ أحَدُ الشُّرَكاءِ القِسْمَةَ وَكُلٌّ مِنْهُمْ يَنْتَفِعُ بِنَصِيبِهِ قَسَمَ بَيْنَهُمْ ، وَإنْ كانُوا يَسْتَضِرُّونَ لايَقْسِمُ ، وَإنْ كانَ أحَدُهُما يَنْتَفِعُ بِنَصِيبِهِ وَالآخَرُ يَسْتَضِرُّ قَسَمَ بِطَلَبِ المُنْتَفِعِ ، وَلا يُقْسَمُ الجَوْهَرُ وَالرَّقِيقُ (ف سم)وَالحَمَّامُ والحائِطُ وَالبِئْرُ بَيْنَ دارَيْنِ وَالرَّحَى إلاَّ بِتَراضِيهِمْ ،

يكون العقار فى يد الغائب) لمـا مرّ (وفى الشراء لا يقسمه إلا بحضرة الجميع) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتّى ينتقل إليه خيار العيب والتعيين فيما اشتراه المورث أو باعه فيكون أحدهما خصما عن الميت فيما فى يده والآخر عن نفسه ، وفى الشراء ملك مبتدأ حتّى ليس له الردّ بالعيب على بائع بائعه ، ولا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فافترقا . قال (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة) لأن الواحد لايكون خصما ومقاسما من جهتين ولا بدّ من حضور خصمين .

فصـــل

(وإذا طلب أحد الشركاء القسمة وكلّ منهم ينتفع بنصيبه قسم بينهم) لمـا بينا (وإن كانوا يستضرون لايقسم) اعلم أن القسمة على ضربين : قسمة يتولاها الشركاء بأنفسهم فتجوز وإن كان فيها ضرر ، لأن الحق لهم والإنسان مخير فى استيفاء حقه وإبطاله ما لم يتعلق به حق الغير ، وقسمة يتولاها الحاكم أو أمينه فتجوز فيما فيه مصلحة لا فيما فيه ضرر عليهم ولا فيما لا فائدة فيه كالحائط والبئر ، لأن القاضى نصب لإقامة المصالح ودفع المضارّ ، فلا يجوز له فعل الضرر والاشتغال بمالا يفيد من قبيل الهزل ، ومنصبه منزه عن ذلك ، ولأن مالا فائدة فيه ليس فى حكم الملك ، فليس على القاضى أن يجيبه إليه ، فان طلبا القسمة من القاضى فى رواية لا يقسم لمـا بينا ، وفى رواية يقسم لاحتمال أن يكون لهما منفعة لا تظهر لنا فانما يحكم بالظاهر (وإن كان أحدهما ينتفع بنصيبه والآخر يستضرّ قسم بطلب المنتفع) لأنه ينفعه فاعتبر بطلبه ، وإن طلب الآخر ذكر الكرخى أنه لا يقسم لأنه متعنت لا متظلم . وذكر الحاكم فى مختصره أنه يقسم أيهما طلب وهو الأصحّ ، لأن الامتناع إنما كان للضرر ولا اعتبار للضرر مع الرضى كما إذا اقتسما بأنفسهما . قال (ولا يقسم الجوهر والرقيق والحمام والحائط والبئر بين دارين والرحى إلا بتراضيهم) وكذا كلّ مافى قسمته ضرر كالبيت الصغير والباب والخشبة والقميص ، وقد تقدّم ما فيه من التفصيل والروايات والتعليل ، ولأنه لابدّ فى القسمة من التعديل ولا يمكن فى البعض كالجوهر والرقيق

وَيُقْسَمُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الدُّورِ وَالأَرَاضِي وَالحَوَانِيتِ وَحْدَهُ، وَتُقْسَمُ البُيُوتُ قِسْمَةً وَاحِدَةً،

لتفاوتهما ، وقالا : يقسم الرقيق لأنه جنس واحد كغيره من الحيوان وكرقيق المغنم . ولأبى حنيفة أنهم بمنزلة أجناس مختلفة لتفاوتهم فى المعانى الباطنة المطلوبة من الذكاء والعقل والهداية إلى تعلم الحرف تفاوتا فاحشا ، وغيرهم من الحيوان يقلّ التفاوت بينهما عند اتحاد الجنس ، ألا ترى أن الذكر والأنثى جنس واحد فى سائر الحيوانات ، وهما جنسان فى بنى آدم ؟ ولأن المقصود من غيرهم من الحيوانات وما بينهما من التفاوت يعرف بالظاهر والحسّ والركوب والاختبار فى يوم واحد بل فى ساعة واحدة ، ولا كذلك بنو آدم ؛ وأما رقيق المغنم فان حقّ الغانمين فى المالية ، ولهذا جاز للإمام بيعها وقسمة ثمنها ، وهنا الحقّ تعلق بالعين والمال فافترقا . قال (ويقسم كلّ واحد من الدور والأراضى والحوانيت وحده) لأنها أجناس مختلفة نظرا إلى اختلاف المقاصد ، وإن كانت دور مشتركة فى مصر واحد أو أرض متفرّقة قسم كل دار وأرض على حدتها عند أبى حنيفة وقالا : يقسم بعضها فى بعض إن كان أصلح لأنها جنس واحد صورة ومعنى نظرا إلى المقصود وهو أصل السكنى والزرع ، وهى أجناس معنى نظرا إلى وجوه السكنى واختلاف الزرع ، فكان مفوّضا إلى نظر القاضى يعمل ما يترجح عنده . وله أنه لايمكن التعديل فيها لكونها مختلفة باختلاف البلدان والجوار والقرب من المسجد والماء والشرب وصلاحيتها للزراعة اختلافا بينا ، ولو كانت داران فى مصر قسم كلّ واحدة وحدها بالإجماع . وعن محمد لو كانت إحداهما بالرقة والأخرى بالبصرة قسمت إحداهما فى الأخرى . قال (وتقسم البيوت قسمة واحدة) أما إذا كانت فى دار واحدة فلأن قسمة كل بيت بانفراده ضرر ، وإن كانت فى محلة أو محالّ فالتفاوت بينهما يسير لأنه لاتفاوت فى السكنى ؛ والمنازل إن كانت فى دار واحدة متلازقة كالبيوت وإن كانت متفرّقة تقسم كالدور سواء كانت فى دار أو محالّ لأنها تتفاوت فى السكنى ، لكن دون الدور فكان لها شبه بكل واحد منهما ، فاذا كانت ملتزقة ألحقناها بالبيوت ، وإن كانت متباينة بالدور ؛ وإذا قسم الدار تقسم العرصة بالذراع والبناء بالقيمة ؛ ويجوز أن يفضل بعضها على بعض تحقيقا للمعادلة فى الصورة والمعنى أو فى المعنى عند تعذّر الصورة ؛ ولو اختلفا فقال بعضهم : نجعل قيمة البناء بذراع من الأرض وقال الآخر بالدراهم ، فالأوّل أولى لأنه إنما يقسم الميراث والدراهم ليست من الميراث ، إلا إذا تعذّر بأن تكون قيمة البناء أضعاف قيمة الأرض ، أو يقع لأحدهما جميع البناء فيجعل القسمة فى البناء على الدراهم لأنه ثبتت له القسمة فيتعدّى إلى ما لايتأتى إلا به كالأخ ولايته على النكاح دون المال ، وله تسمية الصداق لما قلنا ، وهذا مروىّ عن محمد . وعن أبى يوسف يقسم الكلّ باعتبار القيمة لتعذّر التعديل إلا بالقيمة . وعن

وَيَقْسِمُ سَهْمَيْنِ مِنَ الْعُلُوِ بِسَهْمٍ مِنَ السُّفْلِ (سم) ، وَلا تَدْخُلُ الدَّرَاهِمُ فى القِسْمَةِ إلاَّ بِتَرَاضِيهِمْ .

أبى حنيفة أنه تقسم الأرض بالمساحة على الأصل فى الممسوحات ، فمن كان نصيبه أجود أو وقع له البناء يردّ على الآخر دراهم حتى يساويه فتدخل الدراهم فى القسمة ضرورة كولاية الأخ ، وقول محمد أحسن وأوفق للأصول ؛ ولو اختلفوا فى الطريق فقال بعضهم نرفع طريقا بيننا وامتنع الآخر ، فإن كان يستقيم لكل واحد طريق فى نصيبه قسم بينهم بغير طريق ، وإن كان لايستقيم رفع بينهم طريق ولا يلتفت إلى الممتنع لأنه تكميل المنفعة وتوفيرها ، ويجعل الطريق على عرض باب الدار ، لأن الحاجة تندفع به ، وهو على ما كان عليه من الشركة ، وطريق الأرض قدر ما تمرّ فيه البقر للحراثة ، لأنه لابدّ من الزرع ، ولو وقعت شجرة فى نصيب أحدهما أغصانها متدلية فى نصيب الآخر ، روى ابن رستم عن محمد له أن يجبره على قطعها ، وروى ابن سماعة لايجبره لأنه استحقّ الشجرة بأغصانها وعليه الفتوى . ولأحد الشريكين أن يجعل فى نصيبه بئرا وبالوعة وتنورا وحماما وإن كان يضرّ بحائط جاره ، وله أن يسدّ كوّة الآخر لأنه يتصرّف فى خالص ملكه فلا يكون متعدّيا ، وضرر الجار حصل ضمنا فلا يضمن ، وكذلك لصاحب الحائط أن يفتح فيه بابا وإن تأذى جاره لما ذكرنا ، والكفّ عما يؤذى الجار أحسن . قال (ويقسم سهمين من العلو بسهم من السفل) وعند أبى يوسف سهم بسهم . وعند محمد بالقيمة ، وعليه الفتوى لأنهما أجناس بالنظر إلى اختلاف المنافع ، فان السفل يصلح إصطبلا ولحفر البئر والسرداب ، ولا كذلك العلو ؛ وكذلك تختلف قيمتاهما باختلاف البلدان فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة . ولهما أن الأصل فى المزروع أن يقسم بالزرع ، والمقصود الأصلى السكنى ، إلا أن أبا يوسف قال : ذراع بذراع نظرا إلى ما هو المقصود وهو السكنى ، وهما يستويان فيها ، ولكلّ واحد منهما أن يفعل فى نصيبه ما لايضرّ بالآخر ، والمنفعتان متماثلتان ، فكما أن لصاحب السفل حفر البئر والسرداب ، لصاحب العلو أن يبنى فوق علوه ما لم يضرّ بالسفل على أصله . ولأبى حنيفة أن منفعة السفل ضعف منفعة العلو لأنها تبقى بعد فوات العلو ، وفى السفل منفعة البناء والسكنى ، وفى العلو السكنى لاغير . وليس له التعلى إلا بأمر صاحبه على أصله ، فيعتبر ذراعين بذراع نظرا إلى اختلاف المنفعة ، ثم قيل : أبو حنيفة بنى على أصله أنه ليس لصاحب العلو أن يبنى على علوه إلا برضى صاحبه ، وعندهما يجوز . وقيل أجاب على عادة أهل الكوفة فى اختيارهم السفل على العلو . قال (ولا تدخل الدراهم فى القسمة إلا بتراضيهم) لأن القسمة فى المشترك ولا شركة فى الدراهم ، فاذا رضيا جاز لما بينا .

فصــــل

يَنْبَغِي لِلْقَاسِمِ أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَهُمْ ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ عَلَى سَهْمٍ أَخَذَهُ ، وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمُ الرجُوعُ إِذَا قَسَمَ القَاضِي أَوْ نَائِبُهُ ، فَإِنْ كَانَ فِى نَصِيبِ أَحَدِهِمْ مَسِيلٌ أَوْ طَرِيقٌ لِغَيْرِهِ لَمْ يُشْتَرَطْ ، فَإِنْ أَمْكَنَ صَرْفُهُ عَنْهُ صَرَفَهُ وَإِلا فُسِخَتِ القِسْمَةُ ، وَإِذَا شَهِدُوا عَلَيْهِمْ ثُمَّ ادَّعَى أَحَدُهُمْ أَنَّ مِنْ نَصِيبِهِ شَيْئًا فى يَدِ صَاحِبِهِ لَمْ تُقْبَلْ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ القَاسِمِينَ (م ف) عَلَى ذلكَ ،

فصــــل

(ينبغى للقاسم أن يقرع بينهم ، فمن خرج اسمه على سهم أخذه) وذلك بعد ما يصوّر ما يقسمه ويعدله على سهام القسمة ، ويذرع الساحة ويقوّم البناء لحاجته إلى معرفة ذلك ، ويفرز كل نصيب بحقوقه عن بقية الأنصباء ليتحقق معنى القسمة ، ويلقب الأنصباء بالأول والثانى والثالث ، ثم يخرج القرعة كما تقدم ، ويقسم على أقلّ الأنصباء ، فإن كان سدسا جعلها أسداسا ، أو ثمنا فأثمانا ، لأنه إذا خرج أقلّ الأنصباء خرج الأكثر ، ولا كذلك بالعكس ، ولو عين لكلّ واحد نصيبا جاز من غير قرعة لأنه فى معنى القضاء فيصحّ إلزامه أما القرعة لتطييب النفوس ونفى التهمة والميل. قال (وليس لأحدهم الرجوع إذا قسم القاضى أو نائبه) لأنها صدرت عن ولاية تامّة فلزمت كالقضاء ، وكذلك ليس له ذلك إذا خرج بعض السهام ، فكما لايلتفت إلى إبائه قبل القسمة لايلتفت إلى رجوعه بعدها ، وكذلك إذا حصل التراضى وبينت الحدود ، لأن المؤمنين عند شروطهم . وقيل يصحّ رجوعه إذا خرج بعض السهام إلا إذا بقى سهم واحد لتعينه للباقى. قال (فان كان فى نصيب أحدهم مسيل أو طريق لغيره لم يشرط ، فان أمكن صرفه عنه صرفه) تحقيقا لمعنى القسمة وهو قطع الاشتراك (وإلا فسخت القسمة) لاختلالها ، وتستأنف لأن المقصود تكميل المنفعة ، ولا يتأتى ذلك إلا بالطريق والمسيل . قال (وإذا شهدوا عليهم ثم ادّعى أحدهم أن من نصيبه شيئا فى يد صاحبه لم تقبل إلا ببينة) لأنه مدّع ، فإن لم تكن له بينة استحلف شركاؤه ، فمن نكل جمع نصيبه ونصيب المدعى فيقسم بينهما على قدر نصيبيهما ، لأن النكول حجة على ما عرف ، وقيل لاتقبل دعواه للتناقض . قال (وتقبل شهادة القاسمين على ذلك) وقال محمد : لاتقبل لأنها شهادة على فعلهما . ولهما أنهما شهدا بالاستيفاء وهو فعل الغير وبه تلزم القسمة فتقبل ، أما فعلهما الإفراز وهو غير ملزم ولاحاجة إلى الشهادة عليه . وعن محمد مثل

وَإِنْ قالَ : قَبَضْتُهُ ثُمَّ أَخَذَهُ مِنِّي فَبَيِّنَتُهُ أَوْ يَمِينُ خَصْمِهِ ، وَإِنْ قالَ ذلكَ قَبْلَ الإِشْهادِ تَحالَفا وَفُسِخَتِ القِسْمَةُ ، وَإِنْ اسْتُحِقَّ بَعْضُ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ رَجَعَ فى نَصِيبِ صاحِبِهِ بِقِسْطِهِ (س) .

فصـــل

المُهايَأَةُ جائِزَةٌ اسْتِحْسانا ، ...

قولهما . ومنهم من قال : إن كانت القسمة بأجر لاتقبل لأنها دعوى إيفاء عمل استؤجرا عليه . وجوابه أن أجرتهما وجبت باتفاق الخصوم على إيفاء العمل وهو التمييز فلم تجرّ لهما منها فلا تهمة (وإن قال قبضته ثم أخذه منى فبينته أو يمين خصمه) كسائر الدعاوى (وإن قال ذلك قبل الإشهاد تحالفا وفسخت القسمة) وكذلك إذا قال : لم يسلم إلىّ بعض نصيبى وهو نظير الاختلاف فى قدر المبيع ، وسنبين التحالف وأحكامه فى كتاب الدعوى إن شاء الله تعالى . قال (وإن استحق بعض نصيب أحدهم رجع فى نصيب صاحبه بقسطه) كما فى البيع ؛ هذا عند أبى حنيفة ؛ وقال أبو يوسف : تفسخ القسمة ، وهو قول محمد فى رواية أبى سليمان . وروى أبو حفص أنه مع أبى حنيفة . وقيل الخلاف فى بعض شائع فى نصيب أحدهما ، أما المعين لايفسخ بالإجماع ؛ ولو استحق نصيب شائع فى الكلّ انفسخت بالإجماع ؛ لأبى يوسف أن بالاستحقاق ظهر شريك ثالث ولا قسمة بدون رضاه ؛ والفقه فيه أن باستحقاق الجزء الشائع يبطل معنى القسمة ، وهو التميز والإفراز لأنه يرجع بجزء شائع فى نصيب الآخر بخلاف المعين ، وصار كاستحقاق الشائع فى الكلّ ؛ ولأبى حنيفة أن القسمة على هذا الوجه تجوز ابتداء بأن يكون نصف الدار المقدّم بينهما وبين ثالث ، والمؤخر بينهما على الخصوص ، فاقتسما على أن لأحدهما نصيبهما من المقدّم وربع المؤخر ، وللآخر ثلاثة أرباع المؤخر فانه يجوز ، وإذا جاز ذلك ابتداء جاز انتهاء ، فمعنى القسمة موجود وصار كالجزء المعين ، بخلاف الشائع فى الكلّ ، لأن القسمة لو بقيت يتفرّق نصيب المستحقّ فى الكلّ فيتضرّر ولا ضرر هنا فافترقا .

فصـــل

(المهايأة جائزة استحسانا) والقياس يأبى جوازها لأنها مبادلة المنفعة بجنسها نسيئة لتأخر حق أحدهما ، إلا أنا استحسنا الجواز لقوله تعالى ـ لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ـ ولأن المنافع تستحقّ بعوض وغير عوض كالأعيان ، والقسمة تجوز فى الأعيان فتجوز فى المنافع وهى مبادلة معنى إفراز صورة حتى تجرى فى الأعيان المتفاوتة كالدور والعبيد

وَلا تَبْطُلُ بِمَوْتِهِما وَلا بِمَوْتِ أحدِهِما، وَلَوْ طَلَبَ أحَدُهُما القِسْمَةَ بَطَلَتْ ، وَتجُوزُ فى دَارٍ وَاحِدَةٍ بأنْ يَسْكُنَ كُلٌّ مِنهُما طائِفَةً أوْ أحَدُهُما عُلْوَهَا وَالآخَرُ سُفْلَهَا ، وَلِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنهُما إجارَةُ ما أصَابَهُ وأخْذُ غَلَّتِهِ ، وَتجُوزُ فى عَبْدٍ وَاحِدٍ يَخْدُمُ هَذَا يَوْما وَهَذَا يَوْما ، وَكَذا فى البَيْتِ الصَّغِيرِ ، وفى عَبْدَيْنِ يَخْدُمُ كُلٌّ وَاحِدٍ وَاحِداً ، فانْ شَرَطا طَعامَ العَبْدِ عَلى مَنْ يَخْدُمُهُ جازَ ، وفِى الكِسْوَةِ لا يَجُوزُ ،

دون المثليات ، ويجبر الممتنع إذا لم يكن الطالب متعنتا وليست كالإجارة لأن المنفعة تستحقّ هنا بالملك ، ومعنى المعاوضة تبع ، ولهذا لاتشترط فيها المدّة ، وفى الإجارة بالعقد ، ولهذا يشترط ذكر المدّة ، لأنه لايعلم قدر ما يستحقه من المنفعة إلا بذكرها ، وليست كالعارية لما بينا . قال (ولا تبطل بموتهما ولا بموت أحدهما) لأنا نحتاج إلى إعادتهما بطلب الوارثين أو أحدهما ، بخلاف الإجارة والعارية . قال (ولو طلب أحدهما القسمة بطلت) المهايأة ، معناه فيما يحتمل القسمة ، لأن القسمة أقوى فى استعمال المنفعة ؛ ولو طلب أحدهما القسمة والآخر المهايأة قسم لما بينا وبل أولى . قال (وتجوز فى دار واحدة بأن يسكن كلّ منهما طائفة ، أو أحدهما علوها والآخر سفلها) لأن القسمة على هذا الوجه جائزة ، فكذا المهايأة لأن المنفعة غير مختلفة ، وبيان المكان يقطع المنازعة ، وهذه إفراز للنصيب ، وليست مبادلة (ولكلّ واحد منهما إجارة ما أصابه وأخذ غلته) لأنها قسمة المنافع وقد ملكها فله استغلالها وشرط بعضهم فى جواز الاستغلال أن يشرطه فى العقد كالعارية وليس بشى ، وجوابه ما مرّ ، ولو تهايئا فى دارين على أن يسكن كلّ واحد دارا جاز جبرا واختيارا ، وهذا عندهما ظاهر اعتبارا بقسمة الأصل ، أما عنده تبن لايجبر كما فى القسمة ، وقيل لايجوز أصلا لأنه بيع السكنى بالسكنى ، بخلاف القسمة لأنه بيع بعض أحدهما ببعض الأخرى وأنه جائز ؛ وقيل يجوز مطلقا لقلة التفاوت فى المنافع ويكون إفرازا . قال (وتجوز فى عبد واحد يخدم هذا يوما وهذا يومًا ، وكذا فى البيت الصغير) لأن المهايأة تكون فى الزمان والمكان استيفاء للمنفعة بقدر الإمكان ، وقد تعذّر المكان فيتعين الزمان . قال (وفى عبدين يخدم كلّ واحد واحد) ولا إشكال على أصلهما ، لأن عندهما تجوز قسمة الرقيق جبرا واختيارا فكذا منفعتهم . وأما عند أبى حنيفة فالقياس على عدم جواز القسمه يمنع الجواز ، لكن الصحيح الجواز لقلة التفاوت فى الخدمة ، ولا كذلك فى الأعيان لما مرّ . قال (فان شرطا طعام العبد على من يخدمه جاز ، وفى الكسوة لايجوز) لأن العادة جرت بالمسامحة فى الطعام دون الكسوة ، ولقلة التفاوت فى الطعام وكثرتها فى الكسوة ، فان وقتا شيئا من

وَلا تَجُوزُ فى غَلَّةِ عَبْدٍ وَلا عَبْدَيْنِ (سم) ، وَلا فى رُكُوبِ دابَّةٍ وَلا دابَّتَيْنِ، وَلا فى ثَمَرَةِ الشَّجَرِ ، وَلا فى لَبَنِ الغَنَمِ وأوْلادِها ، وَتَجُوزُ فى عَبْدٍ وَدَارٍ عَلَى السُّكْنَى وَالخِدْمَةِ ، وكذلكَ كُلُّ مُخْتَلِفَى المَنْفَعَةِ

الكسوة معروفا جاز استحسانا ، لأن عند ذكر الوصف ينعدم التفاوت أو يقلّ . قال (ولا تجوز فى غلة عبد ولا عبدين) وقالا : تجوز فى العبدين ، لأن الغلة بدل المنفعة فتجوز كالمنفعة ، ولأن التفاوت فى استغلال العبدين إذا استويا فى الحرفة والمنفعة قليل ، وقيل هذا بناء على اختلافهم فى القسمة ، ولهذا لاتجوز فى الواحد إجماعا . وله أن الأجرة تجب بالعمل حتى لو سلمه ولم يعمل لاأجر له فكان فيه خطر ، ولأنه ربما لايجد من يستأجره فلا تقع المعادلة ، والتفاوت بينهما فاحش لتفاوتهما فى الأمانة والحذاقة والهداية إلى العمل فتكون أجرته أكثر من الآخر فلا توجد المعادلة ، وعلى هذا الخلاف غلة الدابتين ؛ ولا تجوز فى العبد الواحد ولا فى الدابة الواحدة ، وتجوز فى الدار الواحدة ، والفرق أن أحد النصيبين مقدّم على الآخر فى الاستيفاء والاعتدال ثابت وقت المهايأة ، والظاهر بقاؤه فى العقار دون الحيوان ، لتوالى أسباب التغيير عليه دون العقار فتفوت المعادلة فيه (ولا) تجوز (فى ركوب دابة ولا دابتين) لأن الركوب يختلف باختلاف الراكب لأن منهم الحاذق والجاهل فلا تحصل المعادلة بخلاف العبد فانه يخدم باختياره فلا يتحمل فوق طاقته ، وهذه العلة فى استغلال الدوابّ أيضا . قال (ولا) تجوز (فى ثمرة الشجر ، ولا فى لبن الغنم وأولادها) لأن المهايأه قسمة المنافع ، وفى هذا تستحقّ الأعيان ، وما يحصل من ذلك يتفاوت . ولا تجوز قسمة الأعيان إلا بالتعديل ، ولأن قسمة المنافع قبل وجودها ضرورية لأنه لايمكن قسمتها بعد الوجود ولا ضرورة فى الأعيان . قال (وتجوز فى عبد ودار على السكنى والخدمة) لأن المقصود منهما يجوز عند اتحاد الجنس ، فعند الاختلاف أولى . قال (وكذلك كلّ مختلفى المنفعة) كسكنى الدار وزرع الأرض ، وكذا الحمام والدار ، لأن كلّ واحد من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهايأة ، والله أعلم .

كتاب أدب القاضى

القَضاءُ بالحَقّ مِنْ أقْوَى الفَرَائِضِ وأشْرَفِ العِباداتِ ،

كتاب أدب القاضى

الأدب : هو التخلق بالأخلاق الجميلة والخصال الحميدة فى معاشرة الناس ومعاملتهم ، وأدب القاضى : التزامه لما ندب إليه الشرع من بسط العدل ورفع الظلم ، وترك الميل والمحافظة على حدود الشرع ، والجرى على سنن السنة على ما يأتى إن شاء الله تعالى . والقضاء فى اللغة له معان : يكون بمعنى الإلزام ، قال الله تعالى - وقضى ربك أن لاتعبدوا إلا إياه - وبمعنى الإخبار ، قال الله تعالى - وقضينا إلى بنى إسرائيل - وبمعنى الفراغ ، قال الله تعالى - فاذا قضيت الصلاة - وبمعنى التقدير ، يقال : قضى الحاكم النفقة : أى قدّرها ، ويستعمل فى إقامة شىء مقام غيره ، يقال : قضى فلان دينه : أى أقام ما دفعه إليه مقام ما كان فى ذمّته . وفى الشرع : قول ملزم يصدر عن ولاية عامة ، وفيه معنى اللغة ، فكأنه ألزمه بالحكم وأخبره به ، وفرغ من الحكم بينهما أو فرغا من الخصومة ، وقدّر ما كان عليه وماله ، وأقام قضاءه مقام صلحهما وتراضيهما ، لأن كل واحد منهما قاطع للخصومة.

اعلم أن (القضاء بالحقّ من أقوى الفرائض وأشرف العبادات) وما من نبيّ من الأنبياء إلا وأمره الله بالقضاء ، وأثبت لآدم اسم الخليفة ، وقال لنبينا عليه الصلاة والسلام - وأن احكم بينهم بما أنزل الله - وقال لداود - فاحكم بين الناس بالحقّ - ولأن فيه الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر ، وإظهار الحقّ ، وإنصاف المظلوم من الظالم ، وإيصال الحقّ إلى مستحقه ، ولأجل هذه الأشياء شرع الله تعالى الشرائع ، وأرسل الرسل عليهم الصلاة والسلام .

والقضاء على خمسة أوجه : واجب ، وهو أن يتعين له ، ولا يوجد من يصح غيره ، لأنه إذا لم يفعل أدّى إلى تضييع الحكم ، فيكون قبوله أمرا بالمعروف ونهيا عن المنكر ، وإنصاف المظلومين من الظالمين وأنه فرض كفاية . ومستحبّ ، وهو أن يوجد من يصلح لكن هو أصلح وأقوم به . ومخير فيه ، وهو أن يستوى هو وغيره فى الصلاحية والقيام به ، فهو مخير إن شاء قبله ، وإن شاء لا . ومكروه ، وهو أن يكون صالحا للقضاء ، لكن غيره أقوم به وأصلح . وحرام ، وهو أن يعلم من نفسه العجز عنه ، وعدم الإنصاف فيه لما يعلم من باطنه من اتباع الهوى ما لايعرفونه فيحرم عليه ، ويكون رزقه وكفايته وكفاية أهله وأعوانه ومن يمونهم من بيت المال ، لأنه محبوس لحقّ العامة ، فلولا الكفاية ربما طمع فى أموال الناس ، ولهذا قالوا : يستحبّ للإمام أن يقلد القضاء من له ثروة لئلا يطمع

وَالأَوْلَى أنْ يَكُونَ القاضِي مُجْتَهِدًا ، فانْ لَمْ يُوجَدْ فَيَجِبُ أنْ يَكُونَ مِنْ أهْلِ الشَّهادَةِ مَوْثُوقا بِهِ فى دِينِهِ وأمانَتِهِ وَعَقْلِهِ وَفَهْمِهِ ، عالِمًا بالْفِقْهِ وَالسُّنَّةِ ، وكذلكَ المُفْتِي ،

فى أموال الناس وإن تنزه فهو أفضل . و أبو بكر الصديق رضى الله عنه لما ولى الخلافة خرج إلى السوق ليكتسب ، فردّه عمر رضى الله عنه ، ثم أجمعوا على أن جعلوا له كلّ يوم درهمين ، وكان عنده عباءة قد اشتراها من رزقه ، فلما حضرته الوفاة قال لعائشة رضى الله عنها أعطيها عمر ليردّها إلى بيت المال ، فدلّ على أنه إذا استغنى لا يأخذ ، وهو المختار . قال (والأولى أن يكون القاضي مجتهدا) لأن الحادثة إذا وقعت يجب طلبها من الكتاب ثم من السنة ثم من الإجماع ، فإن لم يوجد فى شيء من ذلك استعمل الرأى والاجتهاد، ويشهد له حديث معاذ حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن وولاه الحكم بها ، فقال له «كيف تصنع إن عرض لك حكم ؟ قال : أقضى بما فى كتاب الله ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : فبسنة رسول الله ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : أجتهد برأيى ، فقال عليه الصلاة والسلام : الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى الله ورسوله » وإنما لم يذكر الإجماع لأنه لا إجماع مع وجوده عليه الصلاة والسلام ، لأنه بمنزلة القياس مع النصّ بعده عليه الصلاة والسلام . قال (فإن لم يوجد فيجب أن يكون من أهل الشهادة موثوقا به فى دينه وأمانته وعقله وفهمه ، عالما بالفقه والسنة ، وكذلك المفتى) أما أهلية الشهادة ، فلأنها من باب الولاية والقضاء أقوى وأعمّ ولاية ، وكلّ من كان من أهل الشهادة كان من أهل القضاء ، ومن لا فلا ؛ ولا تجوز ولاية الصبيّ والمجنون والعبد لأنه لاولاية لهم ، ولا الأعمى لأنه ليس من أهل الشهادة ، ولوجود الالتباس عليه فى الصوت وغيره ؛ والأطروش يجوز لأنه يفرّق بين المدعى والمدعى عليه ويميز بين الخصوم ، وقيل لا يجوز لأنه لايسمع الإقرار ، فربما ينكر إذا استعاده فتضيع حقوق الناس ؛ والفاسق يجوز قضاؤه كما تجوز شهادته ، ولا ينبغى أن يولى كما لا ينبغى أن يعمل بشهادته . وفى النوادر عن أصحابنا أنه لا يجوز قضاؤه ، ولو فسق بعد الولاية استحق العزل ولا ينعزل ، وقيل ينعزل لأن الذى ولاه ما رضى به إلا عدلا ، ويشترط دينه وأمانته لأنه يتصرف فى أموال الناس ودمائهم ولا يوثق على ذلك من لا أمانة له ، وكذلك العقل لأنه الأصل فى الأمور الدينية . وأما الفهم فلتفهم معانى الكتاب والحديث وما يرد عليه من القضايا والدعاوى وكتب القضاة وغير ذلك . وأما العلم بالفقه والسنة فلأنه إذا لم يعلم بذلك لايقدر على القضاء ولا يعلم كيف يقضى . وعن أبى يوسف : لأن يكون القاضى ورعا أحبّ إلىّ من أن يكون مجتهدا . وقال : إذا كان عالما بالفرائض يكفى فى جواز القضاء. وقيل يجوز تقليد الجاهل لأنه يقدر على القضاء بالاستفتاء، والأولى أن يكون عالما

وَلاَ يَطْلُبُ الْوِلاَيَةَ وَيُكْرَه الدُّخُولُ فِيهِ لِمَنْ يَخافَ العَجْزَ عَنِ القِيامِ بِهِ ، وَلا بَأْسَ بِهِ لِمَنْ يَثِقُ مِنْ نَفْسِهِ أَداءَ فَرْضِهِ ، وَمَنْ تَعَيَّنَ لَهُ تُفْتَرَضُ عَلَيْهِ الوِلايَةُ ، وَيَجُوزُ التَّقْلِيدُ مِنْ وُلاةِ الجَوْرِ ، وَيَجُوزُ قَضاءُ المَرْأَةِ (ف) فِيما تُقْبَلُ شَهادَتُها فِيهِ ، فَإِذَا قُلِّدَ القَضَاءَ يَطْلُبُ دِيوانَ القاضِي الَّذى قَبْلَهُ ، وَيَنْظُرُ فى خَرائِطِهِ وَسِجِلاَّتِهِ ،

قال عليه الصلاة والسلام « من قلد إنسانا عملا وفى رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » وكذلك المفتى ، لأن الناس يرجعون إلى فتواه فى حوادثهم ويقتدون به ويعتمدون على قوله ، فينبغى أن يكون بهذه الأوصاف ؛ والفاسق لايصلح أن يكون مفتيا ، لأنه لايقبل قوله فى أخبار الديانات ؛ وقيل يصلح لأنه يتحرز لئلا ينسب إلى الخطأ . قال (ولا يطلب الولاية) لقوله عليه الصلاه والسلام لعبد الرحمن بن سمرة « ياعبدالرحمن لاتسأل الولاية ، فإنك إن سألتها وكلت إليها ،وإن أعطيتها أعنت عليها » وقال عليه الصلاة والسلام « من طلب عملا فقد غلّ » وعن عمر رضى الله عنه : ما عدل من طلب القضاء . قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عن القيام به) لما فيه من المحذور ، وقيل يكره الدخول لمن يدخله مختارا لقوله عليه الصلاة والسلام « من ولى القضاء فكأنما ذبح بغير سكين » قيل معناه إذا طلب ، وقيل إذا لم يكن أهلا . قال (ولا بأس به لمن يثق من نفسه أداء فرضه) لأن كبار الصحابة والتابعين تقلدوه وكفى بهم قدوة ، والنبىّ عليه الصلاة والسلام ولى عليا ولو كان مكروها لما ولاه . وقال عليه الصلاة والسلام « إذا حكم الحاكم فأصاب فله أجران » واختيار أبى بكر الرازى الامتناع عنه ؛ وقيل الدخول فيه رخصة والترك عزيمة وهو الصحيح (ومن تعين له تفترض عليه الولاية) وقد بيناه ، ولو امتنع لا يجبر عليه ؛ ولو كان فى البلد جماعة يصلحون وامتنعوا والسلطان يفصل بين الخصوم لم يأثموا ، وإن كان لايمكنه ذلك أثموا ، وإن امتنعوا حتى قلد جاهلا أثم الكلّ . قال (ويجوز التقليد من ولاة الجور) لأن الصحابة تقلدوه من معاوية وكان الحق مع علىّ رضى الله عنه ، والتابعون تقلدوه من الحجاج مع جوره ، ولأن فيه إقامة الحق ودفع الظلم حتى لو لم يمكنه من ذلك لا يجوز له الولاية منه . قال (ويجوز قضاء المرأة فيما تقبل شهادتها فيه) إلا أنه يكره لما فيه من محادثة الرجال ومبنى أمرهن على الستر . وروى عن أبى حنيفة أنه قال : لا يترك القاضى على القضاء إلا حولا ، لأنه إذا اشتغل بالقضاء ينسى العلم فيعزله السلطان بعد الحول ويستبدل به حتى يشتغل بالدرس قال (فإذا قلد القضاء) ينبغى له أن يتقى الله تعالى ويؤثر طاعته ويعمل لمعاده ويقصد إلى الحقّ بجهده فيما تقلده و (يطلب ديوان القاضى الذى قبله وينظر فى خرائطه وسجلاته)

وَعَمِلَ فى الوَدائِعِ وَارْتِفاعِ الوُقُوفِ بِمَا تَقُومُ بِهِ البَيِّنَةُ أَوْ بِاعْتِرَافِ مَنْ هُوَ فى يَدِهِ ، وَلا يَعْمَلَ بِقَوْلِ المَعْزُولِ إلاَّ أَنْ يَكُونَ هُوَ الَّذِى سَلَّمَهَا إِلَيْهِ ، وَيَجْلِسُ لِلْقَضَاءِ جُلُوسا ظاهِرًا فى المَسْجِدِ وَالجَامِعُ أَوْلَى ، وَيَتَّخِذُ مُتَرْجِما وَكاتِبا عَدْلاً مُسْلِمًا لَهُ مَعْرِفَةٌ بِالفِقْهِ ،

لأنها وضعت لتكون حجة عند الحاجة ، فتجعل فى يد المتولى لأنه يحتاج إليها ليعمل بها . قال (وعمل فى الودائع وارتفاع الوقوف بما تقوم به البينة) لأنها حجة شرعية (أو باعتراف من هو فى يده) لأنه أمين (ولا يعمل بقول المعزول) لأنه شاهد وشهادة الفرد لا عمل بها . قال (إلا أن يكون هو الذى سلمها إليه) لأن يده كيده فيكون أمينا فيه ، وينبغى أن يبعث رجلين من ثقاته والواحد يكفى ، فيقبضان من المعزول ديوانه ، وهو ما ذكرنا من الخرائط والسجلات ، فيجمعان كل نوع فى خريطة حتى لايشتبه على القاضى ، ويسألان المعزول شيئا فشيئا لينكشف ما يشكل عليهما و يختمان عليه ، وهذا السؤال ليس للإلزام بل لينكشف به الحال ، فإن أبى المعزول أن يدفع إليهما النسخ أجبر على ذلك ، سواء كان البياض من بيت المال وهو ظاهر لأنه لمصالح المسلمين ، أو من الخصوم لأنهم وضعوها فى يد العمل بها ، أو من ماله لأنه فعله تدينا لا تمولا ، ويأخذان الودائع وأموال اليتامى ويكتبان أسماء المحبوسين ويأخذان نسختهم من المعزول لينظر المولى فى أحوالهم فمن اعترف بحق أوقامت عليه بينة ألزمه عملا بالحجة ، وإلا نادى عليه فى مجلسه من كان يطالب فلانا المحبوس بحق فليحضر ، فمن حضر وادعى عليه ابتدأ الحكم بينهم ، وينادى أياما على حسب ما يرى القاضى وإن لم يحضر لايخليه حتى يستظهر فى أمره ، فيأخذ منه كفيلا بنفسه لاحتمال أنه محبوس بحق غائب وهو الظاهر ، لأن فعل المعزول لا يكون عبثا . قال (ويجلس للقضاء جلوسا ظاهرا فى المسجد) لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يفصل بين الخصوم فى المسجد ، وكذا الخلفاء الراشدون بعده ، ودكة على رضى الله عنه فى مسجد الكوفة إلى الآن معروفة . وقال عليه الصلاة والسلام « إنما بنيت المساجد لذكر الله وللحكم » ولئلا يشتبه على الغرباء مكانه (والجامع أولى) لأنه أشهر ، وإن كان الخصم حائضا أو نفساء خرج القاضى إلى باب المسجد فنظر فى خصومتها أو أمر من يفصل بينهما ، كما لو كانت المنازعة فى دابة فانه يخرج لاستماع الدعوى والإشارة إليه فى الشهادة ، وإن جلس فى بيت جاز ، ويأذن للناس بالدخول فيه ، ولا يمنع أحدا من الدخول عليه ، ويجلس معه من كان يجلس معه فى المسجد ، ويكون الأعوان بالبعد عنه بحيث لايسمعون ما يكون بينه وبين ما تقدم إليه للخصومة ، ويستحب أن يجلس معه قريبا منه قوم من أهل الفقه والديانة ، ولا بأس بأن يجلس وحده إذا كان عالما بالقضاء . قال (ويتخذ مترجما وكاتبا عدلا مسلما له معرفة بالفقه) لأنه إذا لم يكن عدلا

وَيُسَوِّى بَيْنَ الخَصْمَيْنِ فى الجُلُوسِ وَالإِقْبالِ وَالنَّظَرِ وَالإِشارَةِ ، وَلا يُسارُّ أَحَدَهُما وَلا يُلَقِّنُهُ حُجَّتَهُ ، وَلا يَضْحَكُ لِأَحَدِهِما ، وَلا يُمازِحُهُما ، وَلا أَحَدَهُما ، وَلا يُضِيفُ أَحَدَهُما دُونَ الآخَرِ ، وَلا يَقْبَلُ هَدِيَّةَ أَجْنَبِيٍّ لَمْ يُهْدِ لَهُ قَبْلَ القَضاءِ ، وَلا يَحْضُرُ دَعْوَةً إِلاَّ العامَّةَ ، وَيَعُودُ المَرْضَى ، وَيَشْهَدُ الجَنائِزَ ، فَإِنْ حَدَثَ لَهُ هَمٌّ ، أَوْ نُعاسٌ ، أَوْ غَضَبٌ ، أَوْ جُوعٌ ، أَوْ عَطَشٌ ، أَوْ حاجَةٌ حَيَوانِيَّةٌ كَفَّ عَنِ القَضاءِ .

لا تؤمن خيانته ، وإذا لم يكن مسلما لا يؤمن أن يكتب مالا تقتضيه الشريعة ، وإذا لم يكن فقيها لا يعرف كتبة السجلات وما يحتاج إليه القاضى من الأحكام ، ويجلس ناحية عنه حيث يراه حتى لا يخدع بالرشوة . قال (ويسوّى بين الخصمين فى الجلوس والإقبال والنظر والإشارة) قال الله تعالى - يا أيها الذين آمنوا كونوا قوّامين بالقسط شهداء - أى بالعدل والعدل التسوية . وقال عليه الصلاة والسلام « إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسوّ بين الخصوم فى المجلس والإشارة والنظر » وفى كتاب عمر رضى الله عنه : آس بين الناس فى مجلسك ووجهك وعدلك ، ومعناه ما ذكرنا ، ثم نبه على العلة فقال : حتى لايطمع شريف فى حيفك ، ولا يخاف ضعيف جورك ، ولأنه إذا فضل أحدهما ينكسر قلب الآخر فلا ينشرح للدعوى والجواب ، وينبغى أن يجلسوا بين يدى القاضى جثوّا ولا يجلسهما فى جانب ، ولا أحدهما عن يمينه و الآخر عن شماله ، وإذا تقدّم إليه الخصمان إن شاء بدأهما فقال مالكما ، وإن شاء سكت حتى يتكلما ، فاذا تكلم أحدهما أسكت الآخر ليفهم دعواه . قال . (ولا يسارّ أحدهما ولا يلقنه حجته) لما بينا ؛ ولما فيه من التهمة (ولا يضحك لأحدهما) لأن ذلك يجرّئه على خصمه (ولا يمازحهما ولا أحدهما) لأنه يخلّ بهيبة القضاء (ولا يضيف أحدهما دون الآخر) لما بينا ، وقد ورد النهى عنه . قال (ولا يقبل هدية أجنبى لم يهد له قبل القضاء) قال عليه الصلاة والسلام « هدايا الأمراء غلول » ولأنه إنما أهدى له للقضاء ظاهرا فكان آكلا بالقضاء فأشبه الرشوة ، بخلاف من جرت عادته بمهاداته قبل القضاء ، لأن الظاهر أنه جرى على عادته حتى لو زاد على العادة أو كان له خصومة لا يقبلها ، والقريب على هذا التفصيل . قال (ولا يحضر دعوة إلا العامّة) كالعرس والختان لأنه لا تهمة فيها والإجابة سنة ، ولا يجيب الخاصة لمكان التهمة إلا إذا كانت من قريب أومن جرت عادته بذلك قبل القضاء على التفصيل المتقدّم ، والعشرة فما دونها خاصة وما فوقها عامّة ، وقيل الخاصة ما لو علم أن القاضى لا يحضرها لا يعملها . قال (ويعود المرضى ويشهد الجنائز) لأنها من حقوق المسلم على المسلم على ما نطق به النص ، ولا يطيل مكثه فى ذلك المجلس ، ولا يمكن أحدا من التكلم فيه بشىء من الخصومات . قال (فإن حدث له همّ أو نعاس ، أو غضب أو جوع ، أو عطش ، أو حاجة حيوانية كفّ عن القضاء) قال عليه الصلاة والسلام « لا يقضى القاضى وهو

وَلا يَبِيعُ وَلا يَشْتَرِى فى المَجْلِسِ لِنَفْسِهِ ، وَلا يَسْتَخْلِفُ عَلَى القَضَاء إلاَّ أنْ يُفَوَّضَ إلَيْهِ ذلكَ ، وَلا يَقْضِي عَلَى غائِبٍ إلا أنْ يَحْضُرَ مَنْ يَقُومُ مَقامَهُ ، أوْ ما يَكُونُ ما يَدَّعِيه عَلَى الغائِبِ سَبَبًا لِمَا يَدَّعِيه عَلَى الحاضِرِ .

وَإذَا رُفِعَ إلَيْهِ قَضَاءُ قاضٍ أمْضَاهُ ، إلا أنْ يُخالِفَ الكِتابَ أوِ السُّنَّةَ المَشْهُورَةَ أوِ الإجمَاعَ ،

غضبان » وفى رواية « وهو شبعان » ولأنه يحتاج إلى الفكر ، وهذه الأعراض تمنع صحة الفكر فتختلّ بالقضاء ، ويكره له صوم التطوّع يوم القضاء ، لأنه لايخلو عن الجوع ، ولا يتعب نفسه بطول الجلوس لأنه ربما ضجر وملّ ويقعد طرفى النهار ؛ وإذا طمع فى رضى الخصمين ردّهما مرّة ومرّتين لقول عمر رضى الله عنه : ردّوا الخصوم حتى يصطلحوا ، وإن لم يطمع أنفذ القضاء بينهما لعدم الموجب للتأخير . قال (ولا يبيع ولا يشترى فى المجلس لنفسه) لما فيه من التهمة ، ولا بأس فى غير المجلس . وعن أبى حنيفة رحمه الله يكره أيضا ، وإنما يبيع ويشترى ممن لايعرفه ولا يحابيه . قال (ولا يستخلف على القضاء إلا أن يفوّض إليه ذلك) لأنه كالوكيل عن الإمام ؛ والوكيل ليس له أن يوكل إلا أن يؤذن له . قال (ولا يقضى على غائب) لقوله صلى الله عليه وسلم « يا علىّ لاتقض لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر » ولأن القضاء اقطع المنازعة ، ولا منازعة بدون الإنكار فلا وجه إلى القضاء . قال (إلا أن يحضر من يقوم مقامه) إما بانابته كالوكيل ، أو بانابة الشرع كالوصىّ من جهة القاضى (أو ما يكون ما يدّعيه على الغائب سببا لما يدّعيه على الحاضر) كمن ادّعى دارا فى يد رجل فأنكر فأقام المدّعى البينة أنه اشتراها من فلان الغائب يقضى بها على الحاضر والغائب ، وكذا لوادّعى شفعة وأنكر ذو اليد الشراء ، فأقام البينة أن ذا اليد اشتراها من الغائب يقضى على الحاضر والغائب جميعا ، وكذا إذا شهدا على رجل فقال هما عبدان ، فأقام المشهود له البينة أن مولاهما أعتقهما حكم يعتقهما فى حقّ الحاضر والغائب جميعا .

فصل

(وإذا رفع إليه قضاء قاض أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة المشهورة أوالإجماع) وأصله أن القاضى إذا كان ممن يجوز قضاؤه فقضى بقضية يسوغ فيها الاجتهاد لم يجز لأحد من القضاة نقضه ، لأن الاجتهاد الثانى مثله والأوّل ترجيح بالسبق لاتصال القضاء به . وروى أن شريحا قضى بقضاء خالف فيه عمر وعليا رضى الله عنهما ، فلم يمسخاه لوقوعه من قاض جائز الحكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد . وعن عمر رضى الله عنه أنه قضى فى الجدّ

وَلا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ لِمَنْ لاتُقْبَلُ شَهادَتُهُ لَهُ ، وَيَجُوزُ لِمَنْ قَلَّدَهُ وَعَلَيْهِ ؛ وَإِذَا عَلِمَ بِشَيْءٍ مِنْ حُقُوقِ العِبادِ فى زَمَنِ وِلايَتِهِ وَمَحَلِّهَا جازَ لَهُ أنْ يَقْضِيَ بِهِ . وَالقَضَاءُ بِشَهادَةِ الزُّورِ يَنْفُذُ ظاهِرًا وَباطِنًا (سم) فى العُقُودِ ، وَالفُسُوخِ : كالنِّكاحِ ، وَالطَّلاقِ ، وَالبَيْعِ ، وكذلكَ الهِبَةُ ، وَالإِرْثُ .

بقضايا مختلفة ، فقيل له ، فقال ذاك على ما قضينا ، وهذا على ما نقضى ، ولم يفسخ الأوّل ؛ ولا اجتهاد مع الكتاب ولا مع السنة المشهورة ، إذ لااجتهاد إلا عند عدمهما ، لما تقدّم من حديث معاذ ، ولا مع إجماع الجمهور لأنه خلاف وليس باختلاف ، والمراد اختلاف الصدر الأوّل . قال (ولا يجوز قضاوْه لمن لاتقبل شهادته له) لأن المعنى الذى تردّ الشهادة له فى القضاء أقوى لأنه ألزم . قال (ويجوز لمن قلده وعليه) لأنه نائب عن المسلمين لاعنه ، ولهذا لاينعزل بموته . قال (وإذا علم بشىء من حقوق العباد فى زمن ولايته ومحلها جاز له أن يقضى به) لأن علمه كشهادة الشاهدين وبل أولى ، لأن اليقين حاصل بما علمه بالمعاينة والسماع ، والحاصل بالشهادة غلبة الظنّ ، والإجماع على أن قوله على الانفراد مقبول فيما ليس خصما فيه ، ومتى قال حكمت بكذا نفذ حكمه . وأما ماعلمه قبل ولايته أو فى غير محلّ ولايته لايقضى به عند أبى حنيفة رضى الله عنه ، نقل ذلك عن عمر وشريح رضى الله عنهما . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يقضى كما فى حال ولايته ومحلها لما مرّ . وجوابه أنه فى غير مصره وغير ولايته شاهد لاحاكم ، وشهادة الفرد لاتقبل ، وصاركما إذا علم ذلك بالبينة العادلة ثم ولى القضاء فانه لايعمل بها . وأما الحدود فلايقضى بعلمه فيها لأنه خصم فيها ، لأنها حقّ الله تعالى وهو نائبه إلا فى حدّ القذف فانه يعمل بعلمه لما فيه من حقّ العبد ، وإلا فى السكر إذا وجد سكران ، أو من به أمارات السكر فانه يعزره . قال (والقضاء بشهادة الزور ينفذ ظاهرا وباطنا فى العقود والفسوخ كالنكاح ، والطلاق ، والبيع ، وكذلك الهبة ، والإرث) وقالا : لاينفذ باطنا . وصورته شهد شاهدان بالزور بنكاح امرأة لرجل فقضى بها القاضى نفذ عنده حتى حلّ للزوج وطوْها خلافا لهما ؛ ولو شهدا بالزور على رجل أنه طلق امرأته بائنا فقضى القاضى بالفرقة ثم تزوّجها آخر جاز ؛ وعندهما إن جهل الزوج الثانى ذلك حلّ له وطوْها اتباعا للظاهر ، لأنه لايكلف علم الباطن وإن علم بأن كان أحد الشاهدين لايحلّ ، ولو وطئها الزوج الأوّل كان زانيا ويحدّ . وقال محمد : يحلّ له وطوْها ، وقال أبو يوسف : لايحلّ له ، لأن قول أبى حنيفة أورث شبهة فيحرم الوطء احتياطا ، ولا ينفذ فى معتدة الغير ومنكوحته بالإجماع ، لأنه لايمكن تقديم النكاح على القضاء ، وفى الأجنبية أمكن ذلك فيقدّم تصحيحا له قطعا للمنازعة ، وينفذ ببيع الأمة عنده حتى يحلّ للمشترى وطوْها ، وينفذ فى الهبة

وَإِذَا ثَبَتَ الحَقُّ لِلْمُدَّعِي وَسَأَلَهُ حَبْسَ غَرِيمِهِ لَمْ يَحْبِسْهُ وَأَمَرَهُ بِدَفْعِ

والإرث حتى يحلّ للمشهود له أكل الهبة والميراث ، وروى عنه أنه لاينفذ فيهما لهما قوله عليه الصلاة والسلام « إنكم لتختصمون إلىّ ، ولعلّ بعضكم ألحن بحجته من بعض ، وإنما أنا بشر أقضى بما أسمع ، فمن قضيت له من مال أخيه شيئا بغير حقه فإنما أقطع له قطعة من النار » وأنه عام فيعمّ جميع الحقوق والعقود والفسوخ وغير ذلك ، فينبغي أن يكون الحكم فى الباطن كهو عند الله تعالى ، أما الظاهر فالحكم لازم على ما أنفذه القاضى . قال صلى الله عليه وسلم « أنا أقضى بالظاهر والله يتولى السرائر » وله ما روى: أن رجلا خطب امرأة وهو دونها فى الحسب فأبت أن تتزوّجه ، فادّعى أنه تزوّجها ، وأقام شاهدين عند علىّ رضى الله عنه ، فحكم عليها بالنكاح ، فقالت : إنى لم أتزوّجه وإنهم شهود زور فزوّجنى منه ، فقال علىّ رضى الله عنه : شاهداك زوّجاك وأمضى عليها النكاح ، ولأنه قضي بأمر الله تعالى بحجة شرعية فيما له ولاية الإنشاء فيجعل إنشاء تحرزا عن الحرام ، وحديثهما فى المال صريح ونحن نقول به ، فان قضاء القاضى فى الأملاك المرسلة لاينفذ بشهادة الزور بهذا الحديث ، ولقوله تعالى ـ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ـ وروى أنها نزلت فيه ، ولأن القاضى لايملك إثبات الملك بدون السبب ، فانه لايملك دفع مال زيد إلى عمرو . أما العقود والفسوخ فانه يملك إنشاءهما فانه يملك بيع أمة زيد وغيرها من عمرو حال غيبته وخوف الهلاك فانه يبيعه للحفظ ، وكذلك لو مات ولا وصىّ له ، ويملك إنشاء النكاح على الصغير والصغيرة والفرقة فى العنين وغير ذلك ، فثبت أن له ولاية الإنشاء فى العقود والفسوخ ، فيجعل القضاء إنشاء احترازا عن الحرام ، ولا يملك ذلك فى الأملاك المرسلة بغير أسباب فتعذّر جعله إنشاء فبطل ، ثم نقول : لولم ينفذ باطنا ، فلو قضى القاضى بالطلاق لبقيت حلالا للزوج الأوّل باطنا وللثانى ظاهرا ؛ ولو ابتلى الثانى بمثل ما ابتلى به الأوّل حلت للثالث أيضا ، وهكذا رابع وخامس ، فتحلّ للكلّ فى زمان واحد ، وفيه من الفحش ما لايخفى ؛ ولو قلنا بنفاذه باطنا لاتحلّ إلا لواحد ولا فحش فيه .

فصـــل

الأصل فى وجوب الحبس قوله صلى الله عليه وسلم « لىّ الواجد ظلم يحلّ عرضه وعقوبته » والعقوبة : الحبس ، وروى ذلك عن السلف ، ولأن القاضى نصب لإيصال الحقوق إلى أربابها ، فاذا امتنع المطلوب عن الأداء فعلى القاضى جبره عليه ، ولا يجبره بالضرب إجماعا فتعين الحبس . قال (وإذا ثبت الحقّ للمدعى وسأله حبس غريمه لم يحبسه) لأنه لم يظهر ظلمه ، حتى لوكان ظهر ظلمه وجحوده عند غيره حبسه . قال (وأمرهُ بدفع

ما عَلَيْهِ ، فإنْ امْتَنَعَ حَبَسَهُ ، فانْ أقَرَّ أنَّهُ مُعْسِرٌ خَلَّى سَبِيلَهُ ، وَإنْ قالَ المُدَّعِي : هُوَ مُوسِرٌ وَهُوَ يَقُولُ : أنَا مُعْسِرٌ ، فانْ كانَ القاضِي يَعْرِفُ يَسارَهُ ، أوْ كانَ الدَّيْنُ بَدَلَ مالٍ كالثَّمَنِ وَالقَرْضِ ، أوِ الْتَزَمَهُ كالمَهْرِ وَالكَفَالَةِ وَبَدَلِ الخُلْعِ وَنَحْوِهِ حَبَسَهُ ، وَلا يَحْبِسُهُ فِيما سِوَى ذلكَ إذَا ادَّعَى الفَقْرَ ، إلا أنْ تَقُومَ البَيِّنَةُ أن لَهُ مالاً فَيَحْبِسُهُ ، فاذَا حَبَسَهُ مُدَّةً يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ أنَّهُ لَوْ كانَ لَهُ مالٌ أظْهَرَهُ ، وَسَأَلَ عَنْ حالِهِ فَلَمْ يَظْهَرْ لَهُ مالٌ خَلَّى سَبِيلَهُ ، وَإنْ قامَتِ البَيِّنَةُ عَلى يَسارِهِ أبَّدَ حَبْسَهُ ، وَيُحْبَسُ الرَّجُلُ فِى نَفَقَةِ زَوْجَتِهِ ، وَلا يُحْبَسُ وَالِدٌ فِى دَيْنِ وَلَدِهِ إلاَّ إذَا امْتَنَعَ مِنَ الإنْفاقِ عَلَيْهِ .

ما عليه ، فان امتنع حبسه) لأنه ظهر ظلمه ، وهذا إذا ثبت حقه بالإقرار ، أما إذا ثبت بالبينة حبسه أوّل مرّة ، لأن البينة لاتكون إلا بعد الجحد فيكون ظالما ، ولا يسأله القاضى : ألك مال ؟ ولا من المدعى إلا أن يطلب المدّعى عليه من القاضى أن يسأل المدّعى فيسأله (فإن أقرّ أنه معسر خلى سبيله) لأنه استحقّ الإنظار بالنصّ ولا يمنعه من الملازمة (وإن قال المدّعى هو موسر ، وهو يقول أنا معسر ، فإن كان القاضى يعرف يساره ، أو كان الدين بدل مال كالثمن والقرض ، أو الّتزمه كالمهر والكفالة وبدل الخلع ونحوه حبسه) لأن الظاهر بقاء ماحصل فى يده والتزامه يدلّ على القدرة (ولا يحبسه فيما سوى ذلك إذا ادّعى الفقر) لأنه الأصل ، وذلك مثل ضمان المتلفات وأروش الجنايات ونفقة الأقارب والزوجات وإعتاق العبد المشترك (إلا أن تقوم البينة أن له مالا فيحبسه) لأنه ظالم (فإذا حبسه مدّة يغلب على ظنه أنه لو كان له مال أظهره وسأل عن حاله ، فلم يظهر له مال خلى سبيله) لأن الظاهر إعساره فيستحقّ الإنظار ، وكذلك الحكم لو شهد شاهدان باعساره ، وتقبل بينة الإعسار بعد الحبس بالإجماع وقبله لا . والفرق أنه وجد بعد الحبس قرينة ، وهو تحمل شدّة الحبس ومضايقه وذلك دليل إعساره ، ولم يوجد ذلك قبل الحبس ، وقيل تقبل فى الحالتين (وإن قامت البينة على يساره أبد حبسه) لظلمه .

واختلفوا فى مدّة الحبس ، قيل شهرين أو ثلاثة ، وبعضهم قدّره بشهر ، وبعضهم بأربعة وبعضهم بستة . والصحيح ما ذكرت لك أوّلا ، لأن الناس يختلفون فى احتمال الحبس ويتفاوتون تفاوتا كثيرا فيفوّض إلى رأى القاضى . قال (ويحبس الرجل فى نفقة زوجته) لأنه حقّ مستحقّ عليه وقد منعه فيحبس لظلمه (ولايحبس والد فى دين ولده) وكذا الأجداد والجدات لأنه ليس مصاحبة بالمعروف وقد أمر بها (إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه

فصــــل

يُقْبَلُ كِتابُ القاضِي إلى القاضِي فى كُلِّ حَقٍّ لايَسْقُطُ بالشُّبْهَةِ ، وَفى النِّكاحِ وَالدَّيْنِ وَالغَصْبِ وَالأمانَةِ المَجْحُودَةِ وَالمُضارَبَةِ وفى النَّسَبِ وفى العَقارِ ، وَلا يُقْبَلُ فى المَنْقُولاتِ ؛ وَعَنْ مُحَمَّدٍ أنَّهُ يُقْبَلُ فى جَمِيعِ المَنْقُولاتِ ، وَعَلَيْهِ الفَتْوَى ،

لأن فى ترك الإنفاق عليه هلاكه ، كما لو صال الأب على الولد فللولد دفعه بالقتل ؛ وإذا مرض المحبوس ، فان كان له من يخدمه فى الحبس لم يخرجه ، وإلا أخرجه لئلا يهلك؛ وإذا امتنع الخصم من الحضور عزره القاضى بما يرى من ضرب أو صفع أوحبس أوتعبيس وجه على ما يراه .

فصــــل

(يقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى كل حق لايسقط بالشبهة) للحاجة إلى ذلك ، وهو العجز عن الجمع بين الخصوم والشهود ، بخلاف ما يسقط بالشبهة كالحدود والقصاص لشبهة البدلية ؛ والأصل فى الجواز أن الكتاب يقوم مقام عبارة المكتوب عنه وخطابه ، بدلالة أن كتاب الله تعالى إلى رسوله قام مقام خطابه له فى الأمر والنهى وغيرهما ؛ وكذلك كتب رسوله عليه الصلاة والسلام إلى ملك الفرس والروم وإلى نوّابه فى البلاد قامت مقام خطابه لهم ، حتى وجب عليهم ما أمرهم به فى كتبه كما وجب بخطابه ؛ وإذا ثبت هذا فنقول : كتاب القاضى إلى القاضى كخطابه له ، ولو خاطبه بذلك وأعلمه صحّ ، فكذلك كتابه ، وهو أن يشهد الشهود عند القاضى أن لهذا على فلان الغائب كذا ، فيكتب القاضى إلى القاضى الذى الخصم فى بلده ، وهو نقل الشهادة ، ولهذا يحكم المكتوب إليه برأيه ، ولوكانت الشهادة على حاضر حكم عليه وكتب بحكمه ، وهو السجلّ (و) يكتب (فى النكاح والدين والغصب والأمانة المجحودة والمضاربة) لأن ذلك دين يعرف بالوصف (وفى النسب) لأنه يعرف بذكر الأب والجدّ والقبيلة وغير ذلك (وفى العقار) لأنه يعرف بالحدود (ولا يقبل فى المنقولات) لأنه يحتاج فيها إلى الشهادة للإشارة (وعن محمد أنه يقبل فى جميع المنقولات ، وعليه الفتوى) للحاجة إليه ، ويمكن تعريفه بأوصافه ومقداره وغير ذلك . وعن أبى يوسف أنه يقبل فى العبد دون الأمة لكثرة إباقه دونها . وعنه أنه يقبل فيهما ؛ وصورته : أن يكتب أنهم شهدوا عنده أن عبدا لفلان ويذكر اسمه وحليته

وَلا يُقْبَلُ إلاَّ بِبَيِّنَةٍ أنَّهُ كِتابُ فُلانٍ القاضِي ، وَلا بُدَّ أنْ يَكْتُبَ إلى مَعْلُومٍ فانْ شاءَ قالَ بَعْدَ ذلكَ : وَإلى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إلَيْهِ مِنْ قُضَاةِ المُسْلِمِينَ وَإلاَّ فَلا ، وَيَقْرأُ الكِتابَ عَلى الشُّهُودِ ، وَيُعْلِمُهُمْ بِمَا فِيهِ ، وَيَخْتِمُهُ بِحَضْرَتِهِمْ وَيَحْفَظُوا مافيهِ ، وَتَكُونُ أسْماؤُهُمْ دَاخِلَ الكِتابِ بالأبِ وَالجَدِّ ؛ وأبُو يُوسُفَ لَمْ يَشْتَرِطْ شَيْئًا مِنْ ذلكَ لَمَّا ابْتُلِيَ بالقَضَاءِ وَاخْتارَهُ السَّرَخْسِيُّ وَلَيْسَ الخَبَرُ كالعِيانِ ، فإذَا وَصَلَ إلى القاضِي المَكْتُوبِ إلَيْهِ نَظَرَ فِي خَتْمِهِ ، فإذَا شَهِدوا أنَّهُ كِتابُ فُلانٍ القاضِي سَلَّمَهُ إلَيْنا فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ ، وَقَرأهُ عَلَيْنا وَخَتَمَهُ وَفَتَحَهُ وَقَرأهُ عَلى الخَصْمِ وألْزَمَهُ ما فِيهِ وَلا يَقْبَلُهُ إلا بِحَضْرَةِ الخَصْمِ ،

وجنسه آبق منه وقد أخذه فلان . قال (ولا يقبل إلا ببينة أنه كتاب فلان القاضى) لأنه للإلزام ، ولا إلزام بدون البينة ، ولأن الخطّ يشبه الخطّ ، والبينة تعينه ، ويكتب اسم المدّعي والمدّعى عليه وينسبهما إلى الأب والجدّ والفخذ والقبيلة ، أو إلى الصناعة ، وإن لم يذكر الجدّ لم يجز إلا عند أبي يوسف ، وإن كان فى الفخذ مثله فى النسب لم يجز ، ولا بدّ من ذكر شيء يخصه ويعينه حتى يزول الالتباس (ولا بدّ أن يكتب إلى معلوم) بأن يقول من فلان ابن فلان ابن فلان إلى فلان ابن فلان ابن فلان (فان شاء قال بعد ذلك وإلى كلّ من يصل إليه من قضاة المسلمين ، وإلا فلا) حتى يصير المكتوب إليه معروفا والباقي يكون تبعا (ويقرأ الكتاب على الشهود ويعلمهم بما فيه) ليعلموا بما يشهدون (ويختمه بحضرتهم ويحفظوا ما فيه) حتى لو شهدوا أنه كتاب فلان القاضى وختمه ولم يشهدوا بما فيه لاتقبل ، لأن الختم يشبه الختم ، فمتى كان فى يد المدّعي يتوهم التبديل (وتكون أسماؤهم داخل الكتاب بالأب والجدّ) لنفى الالتباس (وأبو يوسف لم يشترط شيئا من ذلك لما ابتلى بالقضاء) تسهيلا على الناس (واختاره السرخسى ، وليس الخبر كالعيان) قال أبوبكرالرازى : ولو كتب من فلان ابن فلان إلى كلّ من يصل إليه من قضاة المسلمين وحكامهم ينبغى لكلّ من ورد الكتاب عليه من القضاة أن يقبله ، لأن الخطاب جائز لقوم مجهولين ، فان رسول الله عليه الصلاة والسلام كتب إلى الآفاق ودعاهم إلى الاسلام ولم يعرفهم ، وكذلك أمرنا ونهانا وكنا مجهولين عنده وصحّ خطابه ولزمنا والقضاة اليوم عليه ؛ وينبغى أن يكون داخل الكتاب اسم القاضى الكاتب والمكتوب إليه ، وعلى العنوان أيضا ؛ فلو كان على العنوان وحده لم تقبل خلافا لأبى يوسف ، لأن ما ليس تحت الختم متوهم التبديل . قال (فاذا وصل إلى القاضى المكتوب إليه نظر فى ختمه ، فاذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضى سلمه إلينا فى مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه ، فتحه وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) لثبوت الحقّ عليه (ولا يقبله إلا بحضرة الخصم) لأنه للإلزام

فإنْ ماتَ الكاتِبُ ، أوْ عُزِلَ ، أوْ خَرَجَ عَنْ أهْلِيَّةِ القَضَاءِ قَبْلَ وُصُولِ كِتابِهِ بَطَلَ ، وَإنْ ماتَ المَكْتُوبُ إليْهِ بَطَلَ ، إلا أنْ يَكُونَ قالَ بَعْدَ اسْمِهِ : وَإلى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إلَيْهِ مِنْ قُضَاةِ المُسْلِمِينَ ، وَإنْ ماتَ الخَصْمُ نَفَذَ عَلَى وَرَثَتِهِ ، وَإنْ لَمْ يَكُنِ الخَصْمُ فى بَلَدِ المَكْتُوبِ إلَيْهِ وَطَلَبَ الطَّالِبُ أنْ يَسْمَعَ بَيِّنَتَهُ وَيَكْتُبُ لَهُ كِتابا إلى قاضِي البَلَدِ الَّذِى فِيهِ خَصْمُهُ كَتَبَ لَهُ ، وَيَكْتُبُ فى كِتابِهِ نُسْخَةَ الكِتابِ الأوَّلِ أوْ مَعْناهُ .

فصل

حَكَّما رَجُلاً لِيَحْكُمَ بَيْنَهُما جازَ (ف) ، وَلا يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِيما يَسْقُطُ بالشُّبْهَةِ ،

كالشهادة لايسمعها إلا بحضرة الخصم ، ولا يفتحه إلا بحضرته . وقيل يجوز لأنه ثبت بحضوره فلا حاجة إليه حالة الفتح . قال (فإن مات الكاتب أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء) بأن جنّ أو أعمى عليه أو غير ذلك (قبل وصول كتابه بطل) لأن الكتاب كالخطاب حالة وصوله وهو بالموت خرج عن أهلية الخطاب ، وبالعزل وغيره صار كغيره من الرعايا (وإن مات المكتوب إليه بطل ، إلا أن يكون قال بعد اسمه : وإلى كلّ من يصل إليه من قضاة المسلمين) لما بينا (وإن مات الخصم نفذ على ورثته) لقيامهم مقامه (وإن لم يكن الخصم فى بلد المكتوب إليه وطلب الطالب أن يسمع بينته ويكتب له كتابا إلى قاضى البلد الذى فيه خصمه كتب له) للحاجة إليه (ويكتب فى كتابه نسخة الكتاب الأوّل أو معناه) ليكتب بما ثبت عنده .

فصل

(حكما رجلا ليحكم بينهما جاز) لأن لهما ولاية على أنفسهما حتى كان كالقاضى فى حقهما والمصالح فى حقّ غيرهما . لأن غيرهما لم يرض بحكمه ، وليس له عليه ولاية بخلاف القاضى . وصورته : إذا ردّ المشترى المبيع على البائع بعيب بالتحكيم لايملك الردّ على بائعه لما ذكرنا ، وكذلك إذا حكما فى قتل خطأ فحكمه بالدية على العاقلة لايلزمهم لعدم ولايته عليهم (ولا يجوز التحكيم فيما يسقط بالشبهة) كالحدود والقصاص لأنه لاولاية لهما على دمهما حتى لايباح باباحتهما . وقيل يجوز فى القصاص لأنهما يملكانه فيملكان تفويضه إلى غيرهما ، والحدود حقّ الله تعالى فلا يجوز ؛ ويجوز فى تضمين السرقة دون القطع

وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ القَضَاءِ ، وَلَهُ أَنْ يَسْمَعَ البَيِّنَةَ وَيَقْضِي بِالنُّكُولِ وَالإِقْرَارِ ، فَإِذَا حَكَمَ لَزِمَهُمَا ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرُّجُوعُ قَبْلَ الحُكْمِ ، وَإِنْ رُفِعَ حُكْمُهُ إِلَى قَاضٍ أَمْضَاهُ إِنْ وَافَقَ مَذْهَبَهُ ، وَأَبْطَلَهُ إِنْ خَالَفَهُ ، وَلَا يَجُوزُ حُكْمُهُ لِمَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ .

كتاب الحجر

وَأَسْبَابُهُ : الصِّغَرُ وَالجُنُونُ وَالرِّقُّ ، وَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُ المَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ الَّذِي لَا يَعْقِلُ أَصْلًا ، وَتَصَرُّفُ الَّذِي يَعْقِلُ إِنْ أَجَازَهُ وَلِيُّهُ ، أَوْ كَانَ أَذِنَ لَهُ يَجُوزُ ، وَالعَبْدُ كَالصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ ؛ وَالصَّبِيُّ وَالمَجْنُونُ لَا يَصِحُّ عُقُودُهُمَا وَإِقْرَارُهُمَا وَطَلَاقُهُمَا وَعَتَاقُهُمَا ،

(ويشترط أن يكون من أهل القضاء) لأنه يلزمهما حكمه كالقاضي وتعتبر أهليته وقت الحكم والتحكيم جميعا (وله أن يسمع البينة ويقضى بالنكول والإقرار) لأنه حكم شرعى (فاذا حكم لزمهما) لولايته عليهما (ولكلّ واحد منهما الرجوع قبل الحكم) لأنه إنما ولى الحكم عليهما برضاهما ، فاذا زال الرضا زالت الولاية كالقاضى مع الإمام (وإن رفع حكمه إلى قاض أمضاه وإن وافق مذهبه) لعدم الفائدة فى نقضه (وأبطله إن خالفه) لأنه لاولاية له عليه ، فلا يلزمه إنفاذ حكمه ، بخلاف القاضى لأن ولايته عامّة (ولا يجوز حكمه لمن لاتقبل شهادته له) للتهمة ، والله أعلم .

كتاب الحجر

وهو فى اللغة : مطلق المنع ، ومنه حجر الكعبة لأنه منع من الدخول فيها ، وسمى الحرام حجرا لأنه ممنوع من التصرّف فيه . وفى الشرع : المنع عن أشياء مخصوصة بأوصاف مخصوصة على ما يأتيك إن شاء الله تعالى (وأسبابه : الصغر والجنون والرقّ) لأن الصغير والمجنون لايهتديان إلى المصالح ولايعرفانها فناسب الحجر عليهما ، والعبد تصرّفه نافذ على مولاه فلا ينفذ إلا باذنه . قال (ولا يجوز تصرّف المجنون والصبىّ الذى لايعقل أصلا) لعدم الأهلية (وتصرّف الذى يعقل إن أجازه وليه أو كان أذن له يجوز) لأن الظاهر أن الولىّ ما أجاز ذلك إلا لمصلحة راجحة نظرا له وإلا لما أجاز (والعبد) مع مولاه (كالصبىّ الذى يعقل) مع وليه ، لأن الحقّ للمولى فاذا أجازه جاز . قال (والصبىّ والمجنون لايصحّ عقودهما وإقرارهما وطلاقهما وعتاقهما) قال عليه الصلاة والسلام « كلّ طلاق واقع

وَإِنْ أَتْلَفَا شَيْئًا لَزِمَهُمَا ، وَأَقْوَالُ العَبْدِ نَافِذَةٌ فِى حَقِّ نَفْسِهِ ، فَانْ أَقَرَّ بِمَالٍ لَزِمَهُ بَعْدَ عِتْقِهِ ، وَإِنْ أَقَرَّ بِحَدٍّ أَوْ قِصَاصٍ أَوْ طَلَاقٍ لَزِمَهُ فِى الحَالِ ، وَبُلُوغُ الغُلَامِ بِالاحْتِلَامِ ، أَوِ الإِحْبَالِ ، أَوِ الإِنْزَالِ ، أَوْ بُلُوغُ ثَمَانِى عَشْرَةَ سَنَةً (سم) . وَالجَارِيَةِ بِالاحْتِلَامِ ، أَوِ الحَيْضِ ، أَوِ الحَبَلِ ، أَوْ بُلُوغِ سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً (سم) ؛

إلا طلاق الصبىّ والمعتوه » والعتق تمحض ضررا ، ولأنه تبرّع وليسا من أهله ، وكذلك الإقرار لما فيه من الضرر ، وكذلك سائر العقود لرجحان جانب الضرر نظرا إلى سفههما وقلة مبالاتهما وعدم قصدهما المصالح . قال (وإن أتلفا شيئا لزمهما) إحياء لحقّ المتلف عليه ، والضمان يجب بغير قصد كجناية النائم والحائط المائل ، ولأن الإتلاف موجود حسا وهو سبب الضمان ، فلا يردّ إلا فى الحدود والقصاص ، فيجعل عدم القصد شبهة ، وينقلب القتل فى العمد إلى الدية على ما يعرف فى بابه إن شاء الله تعالى . قال (وأقوال العبد نافذة فى حقّ نفسه) لأهليته (فإن أقرّ بمال لزمه بعد عتقه) لعجزه فى الحال وصار كالمعسر (وإن أقرّ بحدّ أو قصاص أو طلاق لزمه فى الحال) لأنه فى حقّ الدم مبقى على أصل الحرية ، ولهذا لاينفذ إقرار المولى عليه بذلك ولا يستباح باباحته ؛ وأما الطلاق فلقوله عليه الصلاة والسلام « لايملك العبد إلا الطلاق » ولأنه أهل ولا ضرر فيه على المولى فيقع . قال (وبلوغ الغلام بالاحتلام أو الإحبال ، أو الإنزال ، أو بلوغ ثمانى عشرة سنة . والجارية بالاحتلام ، أو الحيض ، أوالحبل ، أو بلوغ سبعة عشرة سنة) لأن حقيقة البلوغ بالاحتلام والإنزال . قال عليه الصلاة والسلام « خذ من كلّ حالم وحالمة دينارا » أى بالغ وبالغة ، والحبل والإحبال لايكون إلا به ، والحيض علامة البلوغ أيضا ، قال عليه الصلاة والسلام « لاصلاة لحائض إلا بخمار » أى بالغ ؛ وأما البلوغ بالسنّ فالمذكور مذهب أبى حنيفة ، وقالا : بلوغهما بتمام خمس عشرة سنة لأنه المعتاد الغالب . وعن ابن عمر رضى الله عنه قال « عرضت على النبىّ صلى الله عليه وسلم وأنا ابن أربع عشرة سنة فردّنى ، وعرضت عليه فى السنة الثانية فأجازنى » وله قوله تعالى ـ ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشدّه ـ . قال ابن عباس رضى الله عنه : ثمانى عشرة سنة ، وهى أقلّ ما قيل فيه ، فأخذنا به احتياطا ، هذا أشدّ الصبىّ ، فأما أشدّ الرجل فأربعون ، قال الله تعالى ـ حتى إذا بلغ أشدّه وبلغ أربعين سنة ـ والأنثى أسرع بلوغا فنقصناها سنة ؛ فأما الحديث فالنبىّ عليه الصلاة والسلام كان يجيز غير البالغ ، فانه روى « أن رجلا عرض على النبىّ عليه الصلاة والسلام ابنه فردّه ، فقال : يا رسول الله أتردّ ابنى وتجيز رافعا وابنى يصرع رافعا ؟ فأمرهما فاصطرعا فصرعه فأجازه » . وأدنى مدّة يصدق الغلام

وَإِذَا رَاهَقَا وَقَالا بَلَغْنا صِدْقًا ، وَلا يُحْجَرُ عَلَى (سم) الحُرِّ العاقِلِ البالِغِ وَإِنْ كانَ سَفِيهًا يُنْفِقُ مالَهُ فيما لامَصْلَحَةَ لَهُ فيهِ ، ثُمَّ إِذا بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ لايُسَلَّمُ إِلَيْهِ مالُهُ ،

فيها على البلوغ اثنا عشرة سنة ، والجارية تسع سنين ، وقيل غير ذلك ، وهذا هو المختار (وإذا راهقا وقالا بلغنا صدقا) لأن ذلك لايعرف إلا من جهتهما ، فيصدقان فيه إذا احتمل الصدق . قال (ولا يحجر على الحرّ العاقل البالغ ، وإن كان سفيها ينفق ماله فيما لامصلحة له فيه) وقالا : نحجر عليه ويمنع من التصرف فى ماله نظرا له ، لأنا حجرنا على الصبىّ لاحتمال التبذير ، فلأن نحجر على السفيه مع تيقنه كان أولى ، ولهذا يمنع عنه ماله ولا فائدة فيه بدون الحجر ، لأنه يمكنه التبذير بما يعقده من البياعات الظاهرة الخسران ، وقد روى « أنه عليه الصلاة والسلام باع على معاذ ماله وقضى ديونه » وباع عمر رضى الله عنه مال أسيفع جهينة لسفهه . ولأبى حنيفة ماروى « أن حبان بن منقذ كان يغبن فى البياعات فطلب أولياؤه من النبىّ عليه الصلاة والسلام الحجر عليه ، فقال له : إذا ابتعت فقل لاخلابة ولى الخيار ثلاثة أيام ولم يحجر عليه » ولأنه مخاطب فلا يحجر عليه كالرشيد ، ولأنه لايدفع الضرر عنه بالحجر فانه يقدر على إتلاف أمواله بتزويج الأربع وتطليقهنّ قبل الدخول وبعده فى كل يوم ووقت ، ولا معنى للحجر عليه لدفع الضرر عنه ، ولا يندفع ، ولأن الحجر عليه إهدار لآدميته وإلحاق له بالبهائم ، وضرره بذلك أعظم من ضرره بالتبذير وإضاعة المال ، وهذا مما يعرفه ذووالعقول والنفوس الأبية ، ولا يجوز تحمل الضرر الأعلى لدفع الضرر الأدنى حتى لو كان فى الحجر عليه دفع الضرر العامّ جاز كالمفتى الماجن ، والطبيب الجاهل ، والمكارى المفلس لعموم الضرر من الأوّل فى الأديان ، ومن الثانى فى الأبدان ، ومن الثالث فى الأموال . وأما حديث معاذ قلنا : إنما باع ماله برضاه ، لأن معاذا لم يكن سفيها ، وكيف يظنّ به ذلك وقد اختاره صلى الله عليه وسلم للقضاء وفصل الحكم ، وكذلك بيع عمر رضى الله عنه ، وقيل كان بيع الدراهم بالدنانير وأنه جائز ، والحجر عليه أبلغ عقوبة من منع المال فلا يقاس عليه ، ومنع المال عنه مفيد لأن غالب السفه يكون فى الهبات والنفقات فيما لامصلحة فيها ، وذلك إنما يكون باليد ؛ وإذا حجر عليه القاضى ورفع إلى قاض آخر فأبطله جاز ، لأن القضاء الأوّل مختلف فيه ولا قضاء فى مختلف فيه ، فلو أمضاه الثانى ثم رفع إلى ثالث لاينقضه ، لأن الثانى قضى فى مختلف فيه فلا ينقض ، ثم عند أبى يوسف : إن كان مبذّرا استحقّ الحجر فينفذ تصرّفه مالم يحجر عليه القاضى ، فاذا صلح لاينطلق إلا باطلاقه . وقال محمد : تبذيره يحجره وإصلاحه يطلقه نظرا إلى الموجب وزواله . ولأبى يوسف : أنه فصل مجتهد فيه فلا بدّ من القضاء ليترجح به (ثم) عند أبى حنيفة (إذا بلغ غير رشيد لايسلم إليه ماله)

فاذَا بلَغَ خمْسا وَعِشْرِينَ سَنَةً سُلِّمَ إلَيْهِ مالُهُ ،وَإنْ لَمْ يُؤْنَسْ رُشْدُهُ (سم) وَإنْ تَصَرَّفَ فِيهِ قَبْلَ ذلكَ نَفَذَ ،

لعدم شرطه ، وهو إيناس الرشد بالنص (فإذا بلغ خمسا وعشرين سنة سلم إليه ماله ، وإن لم يؤنس رشده ، وإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ) وقالا : لايدفع إليه ماله حتى يؤنس رشده بالنصّ ، ولا يجوز تصرّفه فيه لأن علة المنع السفه ، فيبقى ببقائه . ولأبى حنيفة قوله تعالى - ولا تأكلوها إسرافا وبدارا أن يكبروا - وهذا إشارة إلى أنه لايمنع عنه إذا كبر ، وقدّره أبو حنيفة بهذه المدّة ، لأن الغالب إيناس الرشد فيها ، ألا ترى أنه يصلح أن يكون جدّا . وعن عمر رضى الله عنه أنه قال : ينتهى لبّ الرجل إلى خمس وعشرين سنة ، وفسر الأشدّ بذلك فى قوله تعالى - حتى يبلغ أشدّه - وتصرّفه قبل ذلك نافذ ، لأن المنع عنه للتأديب لاللحجر ، فلهذا نفذ تصرّفه فيه .

ثم نفرّع المسائل على قولهما فنقول : إذا حجر القاضى عليه صار فى حكم الصبىّ ، إلا فى أشياء فانها تصحّ منه كالعاقل ، وهى : النكاح ، والطلاق ، والعتاق ، والاستيلاد ، والتدبير ، والوصية مثل وصايا الناس ، والإقرار بالحدود والقصاص ، لأنه من أهل التصرّفات لكونه مخاطبا، أما النكاح فهو من الحوائج الأصلية ، ويلزم بمثل مهر المثل لأنه لاغبن فيه ، ويبطل ما زاد عليه لأنه تصرّف فى المال وصار كالمريض المديون ، وإن كانت المرأة سفيهة فزوّجت نفسها من كفء بأقلّ من مهر المثل جاز ، فإن كان أقلّ بما لايتغابن فيه الناس ولم يدخل بها يقال للزوج : إما أن تتمّ لها أو تفارقها ، لأن رضاها بالنقصان لم يصحّ ، ويخير الزوج لأنه مارضى بالزيادة ، وإن دخل بها لم يخير ووجب مهر المثل فلا فائدة فى التخيير . وأما الطلاق فلقوله عليه الصلاة والسلام « كلّ طلاق واقع إلا طلاق الصبىّ والمعتوه » ولأن كلّ من ملك النكاح وقع طلاقه والعتق لوجود الأهلية ، ويسعى العبد فى قيمته لمكان الحجر عن التبرّعات بالمال ، إلا أن العتق لايقبل الفسخ فقلنا بنفاذه ، ووجوب السعاية نظرا للجانبين . وعن محمد أنه لايسعى . وأما التدبير فلأنه يوجب حقّ العتق ، أو هو عتق من وجه ، فاعتبر بحقيقة العتق ، إلا أنه لايسعى إلا بعد الموت ، فاذا مات ولم يؤنس رشده سعى فى قيمته مدبرا كأنه أعتقه بعد التدبير . وأما الاستيلاد فان وطئها فولدت وادّعاه ثبت نسبه لحاجته إلى بقاء النسل فلا تسعى إذا مات ، وكذلك إن أقرّ أنها أمّ ولده ومعها ولد ، وإن لم يكن معها ولد سعت فى قيمتها بعد الموت لأنه متهم فى ذلك فصار كالعتق . وأما الوصية فالقياس أن لاتصح لأنها تبرّع وهبة ، لكنا استحسنا ذلك إذا كانت مثل وصايا الناس ، لأنها قربة يتقرّب بها إلى الله تعالى وهو محتاج إليها سيما فى هذه الحالة . وأما الإقرار بالحدود والقصاص ، فلأن الحجر عن التصرّف فى المال لاغير وهو عاقل بالغ فيصحّ إقراره فيما لاحجر عليه فيه ، ويلزمه

وَلَا يُحْجَرُ عَلَى الفَاسِقِ ، وَلَا عَلَى المَدْيُونِ ، فَانْ طَلَبَ غُرَمَاؤُهُ حَبْسَهُ ، حَبَسَهُ حَتَّى يَبِيعَ وَيُوَفِّيَ الدَّيْنَ ، فَانْ كَانَ مَالُهُ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ وَالدَّيْنُ مِثْلُهُ قَضَاهُ القَاضِي بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا دَرَاهِمَ وَالآخَرُ دَنَانِيرَ أَوْ بِالعَكْسِ بَاعَهُ القَاضِي فِى الدَّيْنِ ، وَلَا يَبِيعُ العُرُوضَ وَلَا العَقَارَ ، وَقَالَا : يَبِيعُ وَعَلَيْهِ الفَتْوَى ،

حقوق الله تعالى من الزكاة والكفارات والحجّ لأنه مخاطب ، ولا حجر عن حقوق الله تعالى ، فتخرج عنه الزكاة بمحضر من القاضى أو أمينه احترازا من أن يصرفها فى غير مصرفها . وأما الكفارات فما للصوم فيه مدخل فيكفره بالصوم لاغير كابن السبيل المنقطع عن ماله ؛ ولو أعتق عن ظهاره نفذ العتق وسعى فى قيمته ، ولا يجزيه عن الظهار لأنه عتق ببدل كالمريض المديون إذا أعتق عن ظهاره ثم مات يسعى العبد للغرماء ولا يجزيه ، وكذا سائر الكفارات ؛ ولو كفر بالصوم ثم صلح قبل تمامه فعليه أن يكفر لزوال العجز . وأما الحجّ فان القاضى يسلم النفقة إلى ثقة فى الحاجّ ينفقها عليه ، ولا يمنع من عمرة واحدة لوجوبها عند بعض العلماء ، ولا من القران لأنه أفضل وأثوب ، ولأنه لايمنع من كلّ واحدة منهما على الانفراد ، فكذا على الاجتماع وبل أولى لأنه أفضل ، وله أن يسوق البدنة لمكان الاختلاف ، فان عمر رضى الله عنه فسر الهدى بالبدنة ، ويلزمه حقوق العباد إذا تحققت أسبابها عملا بالسبب ، وكذلك النفقة على زوجته وولده وذوى أرحامه ، لأن السفه لايبطل حقوق العباد ، ولأن نفقة الزوجة والأولاد من الحوائج الأصلية . قال (ولا يحجر على الفاسق) أما عنده فظاهر ، وأما عندهما إن كان مصلحا لماله ، لقوله تعالى - فان آنستم منهم رشدا - الآية ، وقد أونس منه نوع رشد وهو إصلاح المال فيتناوله النصّ ، ولأن الحجر للفساد فى المال لافى الدين ؛ ألا ترى أنه لايحجر على الذمىّ والكفرُ أعظم من الفسق . قال (ولا يحجر (على المديون) لما تقدّم فى الحجر على السفيه (فان طلب غرماؤه حبسه حبسه حتّى يبيع ويوفى الدين) على الوجه الذى بيناه فى أدب القاضى (فان كان ماله دراهم أو دنانير والدين مثله قضاه القاضى بغير أمره) لأن ربّ الدين له أخذه بغير أمره ، فالقاضى يعينه عليه (وإن كان أحدهما دراهم والآخر دنانير أو بالعكس باعه القاضى فى الدين) والقياس أنه لايبيعه كالعروض لأنه نوع حجر . وجه الاستحسان أنهما كجنس واحد نظرا إلى الثمنية والمالية وعدم التعيين ، بخلاف العروض لأنها مباينة للديون من كلّ وجه ، والغرض يتعلق بعين العروض دون الأثمان فافترقا (ولا يبيع العروض ولا العقار) لأنه حجر عليه وهو تجارة لاعن تراض (وقالا : يبيع وعليه الفتوى) وقال أبو يوسف ومحمد : إذا طلب الغرماء المفلس الحجر عليه حجر

وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لِلْمُفْلِسِ مالٌ فالحُكْمُ ما مَرَّ فى أدَبِ القاضِي ، وَلا يَحُول بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمائِهِ بَعْدَ خُرُوجِهِ مِنَ الحَبْسِ يُلازِمُونَهُ ، وَلا يَمْنَعُونَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَالسَّفَرِ ، وَيَأْخُذُونَ فَضْلَ كَسْبِهِ يَقْتَسِمُونَهُ بَيْنَهُمْ بِالحِصَصِ

القاضى عليه ومنعه من التصرّفات والإقرار حتى لايضرّ بالغرماء نظرا لهم ، لأنه ربما ألجأ ماله فيفوت حقهم ؛ ولا يمنع من البيع بمثل الثمن لأنه لايبطل حقّ الغرماء ، ويبيع ماله إن امتنع المديون من بيعه وقسمه بين الغرماء بالحصص ، لأن إيفاء الدين مستحقّ عليه ، فيستحقّ عليه البيع لإيفائه ، فاذا امتنع باع القاضى عليه نيابة كالجبّ والعنة ، ولأبى حنيفة ما مرّ ؛ وجوابهما أن التلجئة متوهمة فلا يبتنى عليها حكم متيقن وقضاء الدين مستحقّ عليه ، لكن لانسلم تعيين البيع له ، بخلاف الجبّ والعنة ، وإنما يحبس ليوفى دينه بأىّ طريق شاء ، ثم التفريع على أصلهما أنه يباع فى الدين النقود ، ثم العروض ، ثم العقار لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين ومراعاة المديون ، ويترك له ثياب بدنه دست أو دستان ، وإن أقرّ فى حال الحجر بمال لزمه بعد قضاء الديون ، لأن هذا المال تعلق به حقّ الأوّلين ، ولأنه لو صحّ فى الحال لما كان فى الحجر فائدة حتى لو استفاد مالا بعد الحجر نفذ إقراره فيه لأنه لم يتعلق به حقهم ، ولو استهلك مالا لزمه فى الحال لأنه مشاهد لارادّ له ، وينفق من ماله عليه وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوى أرحامه ، لأنها من الحوائج الأصلية وأنها مقدّمة على حقهم ، ولو تزوّج امرأة فهى فى مهر مثلها أسوة بالغرماء . قال (وإن لم يظهر للمفلس مال ، فالحكم ما مرّ فى أدب القاضى) إلى أن قال خلى سبيله . قال (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعونه من التصرّف والسفر ، ويأخذون فضل كسبه يقتسمونه بينهم بالحصص) قال عليه الصلاة والسلام « لصاحب الحقّ اليد واللسان » أى اليد بالملازمة ، واللسان بالاقتضاء . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا فلسه القاضي حال بينه وبين الغرماء ، إلا أن يقيموا البينة أنه قد حصل له مال ، وهذا بناء على صحة القضاء بالإفلاس فيصحّ عندهما فيستحقّ الإنظار ، وعند أبى حنيفة لايصحّ لأن الإفلاس لايتحقق ، فان المال غاد ورائح ، ولأن الشهادة شهادة على العدم حقيقة فلا تقبل ، ولأن الشهود لايتحققون باطن أحوال الناس وأمورهم ، فربما له مال لايطلع عليه أحد قد أخفاه خوفا من الظلمة واللصوص وهو يظهر الفقر والعسرة ، فاذا لازموه فربما أضجروه فأعطاهم ، والملازمة أن يدور معه حيث دار ، ويجلس على بابه إذا دخل بيته ، وإن كان المديون امرأة لايلازمها حذرا من الفتنة ويبعث امرأة أمينة تلازمها ، وبينة اليسار مقدّمة على بينة الإعسار لأنها مثبتة إذ الأصل الإعسار .

كتاب المأذون

وَيَثْبُتُ بالصَّرِيحِ وَبالدَّلالَةِ (ز) كما لَوْ رآهُ يَبِيعُ وَيَشْتَرِى فَسَكَتَ ، وَسَوَاءٌ كانَ البَيْعُ لِلْمَوْلَى أوْ لِغَيْرِهِ بأمْرِهِ أوْ بِغَيْرِ أمْرِهِ صَحِيحا أوْ فاسِدًا ، وَيَصِيرُ مأذُونا بالإذْنِ العامِّ والخاصِّ ،

كتاب المأذون

الإذن فى اللغة : الإعلام ، قال الله تعالى ـ وأذّن فى الناس بالحجّ ـ أى أعلم ، ومنه الأذان ، لأنه إعلام بوقت الصلاة . وفى الشرع : فك الحجر وإطلاق التصرّف لمن كان ممنوعا عنه شرعا ، فكأنه أعلمه بفكّ الحجر عنه وإطلاق تصرّفه ، وأعلم التجار بذلك ليعاملوه ، وفائدته اهتداء الصبيّ والعبد إلى إصدار التصرّفات واكتساب الأموال واستجلاب الأرباح ، وقد ندب الله تعالى إلى ذلك بقوله ـ وابتلوا اليتامى ـ أى اختبروهم بشيء تدفعونه إليهم ليتصرّفوا فيه فتنظروا فى تصرّفهم ، والدليل على جوازه ما روى « أن النبيّ عليه الصلاة والسلام كان يجيب دعوة المملوك » ولا يجوز إجابة دعوة المحجور عليه ، فدلّ على جواز الإذن وعليه الإجماع ، ثم العبد بالإذن يصير كالأحرار فى التصرّفات لأنه كان مالكا للتصرّفات بأهليته بأصل الفطرة باعتبار عقله ونطقه الذى هو ملاك التكليف ، والحجر عليه إنما كان لحقّ المولى لاحتمال لحوق الضرر به بتعلق الدين برقبته أو بكسبه ، وكلّ ذلك ملك المولى ، فاذا أذن له فقد رضى بتصرّفه فيتصرّف باعتبار مالكيته الأصلية ، ولهذا قلنا إنه لايتوقف ، لأن الإسقاطات لاتتوقف حتى لو أذن له يوما أو شهرا كان مأذونا مطلقا مالم ينهه ، وكذلك إذن القاضى والوصى لعبد اليتيم ، وكذلك للصبيّ الذى يعقل ، فان الحجر عليه إنما كان خوفا من سوء تصرّفه وعدم هدايته للأصلح ، فاذنهما لهما دليل صلاحية التصرّف فجاز تصرّفه . قال (ويثبت بالصريح وبالدلالة كما لو رآه يبيع ويشترى فسكت ، وسواء كان البيع للمولى أو لغيره بأمره أو بغير أمره صحيحا أو فاسدا) لأن سكوته عند هذه التصرّفات دليل رضاه ، كسكوت الشفيع عند تصرّف المشترى . وقال زفر: لايثبت بالدلالة لأن سكوته محتمل ، وصار كالوكيل . ولنا أن الناس إذا رأوه يتصرّف هذه التصرّفات والمولى ساكت يعتقدون رضاه بذلك ، وإلا لمنعه فيعاملونه معاملة المأذون ، فلو لم يعتبر سكوته رضى يفضى ذلك إلى الإضرار بهم ، فوجب أن يكون سكوته رضى دفعا للضرر عنهم . قال (ويصير مأذونا بالإذن العامّ والخاصّ) فالعامّ أن يقول لعبده : أذنت لك فى التجارة ، وأذنت لك فى البيع والشراء ،

وَلَوْ أذِنَ لَهُ بِشِرَاءِ طَعَامِ الأكْلِ وَثِيابِ الكِسْوَةِ لايَصِيرُ مأذُونا ، وَلِلْمأذُونِ أنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِىَ وَيُوكِّلَ وَيُبْضِعَ وَيُضَارِبَ وَيُعِيرَ وَيَرْهَنَ وَيَسْتَرْهِنَ وَيُؤَجِّرَ وَيَسْتأجِرَ وَيُسْلِمَ وَيَقْبَلَ السَّلَمَ وَيُزَارِعَ وَيَشْتَرِىَ طَعاما وَيَزْرَعَهُ وَيُشارِكَ عِنانا ، وَلَوْ أقَرَّ بِدَيْنٍ أوْ غَصْبٍ أوْ وَدِيعَةٍ جازَ ، وَلا يَتَزَوَّجُ ،

ولا يقيده بشىء ، لأن ذلك عامّ فيتناول جميع الأنواع ، وكذلك إذا قال : أدّ إلىّ الغلة ، أو إن أدّيت إلىّ ألفا فأنت حرّ لأنه لاقدرة على ذلك إلا بالكسب ولا كسب إلا بالتجارة ويجوز تصرّفه بالغبن وقالا : لا يجوز إذا كان غبنا فاحشا لأن الزيادة بمنزلة التبرّع . وله أنه يتصرّف بأهليته كالحرّ وهذه تجارة فتجوز ، والصبىّ المأذون على هذا الخلاف ، والخاص أن يأذن له فى التجارة فى نوع خاصّ بأن يقول له أذنت لك فى البر أو فى الصرف أو فى الخياطة أو فى الصياغة ، فانه يصير مأذونا فى جميع التجارات والحرف ، وكذلك إذا نهاه عن التجارة فى نوع خاصّ ، وكذلك لو قال : أذنت لك فى التجارة فى البرّ دون البحر . وقال زفر : يختصّ بما قيده به لأنه يستفيد التصرّف باذنه كالوكيل . ولنا ما بينا أنه فك الحجر ورفع السبب الذى كان لأجله محجورا فبعده يتصرّف لنفسه بأهليته كما بعد الكتابة ، وفكّ الحجر يوجد بالإذن فى نوع واحد ، لأن الضرر الذى يلحق بالمولى لايتفاوت بين نوع ونوع فيلغو التقييد ويبقى قوله اتجر ، وليس كالوكيل لأنه يصحّ بقوله أذنت لك فى التجارة ، ولا يصحّ التوكيل به لأنه مجهول . أما رفع الحجر إسقاطه ، والجهالة لاتبطله ولا يرجع على العبد بالعهدة فى تصرّفاته ويرجع على الوكيل ، ولو اقتصر على قوله أذنت لك صحّ ، وفى التوكيل لايصحّ ، والصبىّ يتصرّف لنفسه فى ماله فلا يكون نائبا . قال (ولو أذن له بشراء طعام الأكل وثياب الكسوة لايصير مأذونا) لأنه استخدام وليس بتجارة ، لأن التجارة ما يطلب منه الربح ، ولأنه لو اعتبرناه إذنا لأدّى إلى سدّ باب الاستخدام ، وفيه من الفساد ما لايخفى . قال (وللمأذون أن يبيع ويشترى) لأنه أصل التجارة (ويوكل) لأنه قد لايمكنه من المباشرة بنفسه فى بعض الأحوال (ويبضع ويضارب) لأن ذلك من التجارة (ويعير) لأن ذلك من أفعال التجار (ويرهن ويسترهن) لأنه وفاء واستيفاء ، وهما من توابع البيع (ويؤجر ويستأجر ويسلم ويقبل السلم) لأن كل ذلك من صنيع التجار (ويزارع ويشترى طعاما ويزرعه) لأنه تجارة يقصد بها الربح (ويشارك عنانا) لأنها من أفعال التجار ، وله أن يؤاجر نفسه لأنه يحصل به الربح والاكتساب وهو المقصود (ولو أقرّ بدين أوغصب أو وديعة جاز) لأنه لو لم يصحّ لامتنع الناس من معاملته ولأن الغصب مبادلة (ولا يتزوّج) لأنه ليس من التجارة ، فلو تزوّج أخذ بالمهر بعد الحرية

وَلا يُزَوِّجُ مَمَالِيكَهُ (س) ، وَلا يُكَاتِبُ، وَلا يَعْتِقُ ، وَلا يُقْرِضُ ، وَلا يَهَبُ ، وَلا يَتَصَدَّقُ ، وَلا يَتَكَفَّلُ ، وَيُهْدِي القَلِيلَ مِنَ الطَّعَامِ ، وَيُضِيفُ مُعَامِلِيهِ وَيَأْذَنُ لِرَقِيقِهِ فِي التِّجَارَةِ ، وَمَا يَلْزَمُهُ مِنَ الدُّيُونِ بِسَبَبِ الإِذْنِ مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ إِلا أَنْ يَفْدِيَهُ المَوْلَى ، فَإِنْ لَمْ يَفِ بِالدُّيُونِ ، فَإِنْ فَدَاهُ المَوْلَى بِدُيُونِ الغُرَمَاءِ انْقَطَعَ حَقُّهُمْ عَنْهُ ، وَإِلاَّ يُبَاعُ وَيُقْسَمُ ثَمَنُهُ بَيْنَ الغُرَمَاءِ بِالحِصَصِ ، فَانْ بَقِيَ شَيْءٌ طُولِبَ بِهِ بَعْدَ الحُرِّيَّةِ ، وَإِنْ حَجَرَ المَوْلَى عَلَيْهِ لَمْ يَنْحَجِرْ حَتَّى يَعْلَمَ

(ولا يزوّج مماليكه) وقال أبو يوسف : يزوّج الأمة لأنه نوع تجارة ، وهو وجوب نفقتها على غيره ، بخلاف العبد لأنه يوجب عليه نفقة زوجته . ولهما أنه ليس تجارة ولهذا لا يملكه فى العبد ، ونفقتها ليست بتجارة ، ولأن الزواج عيب فى الأمة (ولا يكاتب) لأنه إطلاق وليس بتجارة (ولا يعتق) بمال ولا بغير مال (ولا يقرض ولا يهب) بعوض ولا بغير عوض (ولا يتصدّق) لأن ذلك تبرّع ابتداء، أو ابتداء وانتهاء وليس من التجارات (ولا يتكفل) بنفس ولا بمال لأنه تبرّع . قال (ويهدى القليل من الطعام ، ويضيف معامليه) لأنه من صنيع التجار ، وفيه استمالة قلوب المعاملين ، وقد صحّ أنه عليه الصلاة والسلام قبل هدية سلمان الفارسى وكان عبدا . وقال محمد : يتصدّق بالرغيف ونحوه ، ولم يقدّر محمد الضيافة اليسيرة ، وقيل ذلك على قدر مال التجارة ، إن كانت نحو عشرة آلاف فالضيافة بعشرة ، وإن كانت تجارته عشرة دراهم فدانق كثير ، وله أن يحطّ من الثمن بعيب كعادة التجار ولعله أصلح من الرضا بالعيب ، ولا يحطّ بغير عيب لأنه تبرّع . قال (ويأذن لرقيقه فى التجارة) لأنه نوع تجارة ، والأصل أنّ كلّ من له ولاية التجارة يصحّ إذنه للعبد فيها كالمكاتب والمأذون والمضارب والأب والجدّ والقاضى وشريكى المفاوضة والعنان والوصى ، ولا يجوز ذلك للأم والأخ والعم لأنه ليس لهم ولاية التجارة . قال (وما يلزمه من الديون بسبب الإذن متعلق برقبته يباع فيه إلا أن يفديه المولى) لأن المولى رضى بذلك ، فانه لو لم يتعلق برقبته كان تصرّفه نفعا محضا فلا حاجة إلى الإذن ، وإنما شرط إذن المولى ليصير راضيا بهذا الضرر ، ولأن سبب هذا الدين التجارة وهى باذنه ولأن تعلق الدين برقبته مما يدعو إلى معاملته وأنه يصلح مقصودا للمولى فينعدم الضرر فى حقه إلا أنه يبدأ بكسبه لأنه أهون (فان لم يف بالديون ، فان فداه المولى بديون الغرماء انقطع حقهم عنه ، وإلا يباع ويقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص) لتعلق حقهم به كتعلقها بالتركة (فان بقى شىء طولب به بعد الحرية) لأن الدين ثبت عليه ولم تف به الرقبة ، فيبقى عليه إلى وقت القدرة ، وهو ما بعد الحرية . قال (وإن حجر المولى عليه لم ينحجر حتى يعلم

أَهْلُ سُوقِهِ أَوْ أَكْثَرُهُمْ بِذَلِكَ ، وَإِنْ وَلَدَتِ الْمَأْذُونَةُ مِنْ مَوْلَاهَا فَهُوَ حَجْرٌ (ز) ، وَالْإِبَاقُ حَجْرٌ ؛ وَلَوْ مَاتَ الْمَوْلَى أَوْ جُنَّ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا صَارَ مَحْجُورًا ، وَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِمَا فِى يَدِهِ بَعْدَ الْحَجْرِ (سم) ، وَإِذَا اسْتَغْرَقَتِ الدُّيُونُ مَالَهُ وَرَقَبَتَهُ لَمْ يَمْلِكِ الْمَوْلَى شَيْئًا مِنْ مَالِهِ (سم) ،

أهل سوقه أو أكثرهم بذلك) لأنهم إذا لم يعلموا يبايعونه بناء على ما عرفوه من الإذن ، فلو انحجر يتضرّر بذلك ، لأنهم إذا لم يتعلق حقهم بكسبه وبرقبته يتأخر إلى ما بعد الحرية ، وقد لايعتق فيتضرّرون إما بالتأخير أو بالعدم ، ولو حجر عليه فى السوق عند رجل أو رجلين لاينحجر ، ولو حجر عليه فى البيت عند أهل سوقه أو أكثرهم انحجر ، والمعتبر اشتهار الحجر عندهم إذا كان الإذن مشهورا ؛ أما إذا لم يعلم بالإذن غير العبد ثم علم بالحجر انحجر ، ولا يزال مأذونا حتى يعلم بالحجر كالوكيل لأنه يتضرّر لو انحجر بدون علمه ، لأنه يلزمه قضاء الديون بعد الحرية وأنه ضرر به . قال (وإن ولدت المأذونة من مولاها فهو حجر) خلافا لزفر . له أن ذلك لايمنع الإذن ابتداء فكذا بقاء . ولنا أنه يحصنها عادة فيمنعها من الخروج والبروز والتصرّفات فكان حجرا دلالة ، بخلاف الابتداء فانه صريح فى الإذن فلا تعارضه الدلالة . قال (والإباق حجر) لأنه لايقدر على قضاء دينه من كسبه وهو ما أذن له إلا بهذا الشرط مقصودا . قال (ولو مات المولى أو جنّ ، أو لحق بدار الحرب مرتدّا صار محجورا) لأنه زال ملكه عنه بالموت واللحاق ، ألا ترى أنه ينتقل إلى ملك ورثته وهو عقد غير لازم فيزول بزوال الملك ، وبالجنون زالت الأهلية فيبطل الإذن اعتبارا بالابتداء ، لأن ما يلزم من التصرّفات يعتبر لدوامه الأهلية كما يعتبر لابتدائه . قال (ويصحّ إقراره بما فى يده بعد الحجر) سواء أقرّ أنه غصب أو أمانة أو أقرّ بدين ، وقالا : لايصحّ لأن المصحح كان الإذن وقد زال ، ولهذا لايصحّ فى حقّ الرقبة وصار كما إذا باعه من آخر ، وله أن المصحح اليد وهى باقية ، ولهذا لايصحّ فيما أخذه المولى ، وبطلانها لعدم الحاجة ، وهى باقية بدليل إقراره ، بخلاف الرقبة لأنها ليست فى يده وملك المولى ثابت فيها فلا يبطل من غير رضاه ، وبخلاف البيع لأنّ الملك قد تبدّل فلم يبق حكم الملك الأوّل . قال (وإذا استغرقت الديون ماله ورقبته لم يملك المولى شيئا من ماله) وهو كالأجنبى لو أعتق عبيده لايعتقون ، ولو قتل عبده فعليه قيمته على السنين ، وقالا : يملكه المولى ويعتقون باعتاقه وعليه قيمة المقتول فى الحال . لهما أنه ملك رقبته حتى جاز عتقه فيملك كسبه ، ولذا يحلّ له وطء المأذونة ، وتعلق حقّ الغرماء يمنع المولى عن التصرّف فيه ونقضه بعد وقوعه لانى إبطال ملكه . وله أن الملك واقع للمأذون لأن سبب الملك الاكتساب ، فيكون أولى به من غيره بالنصّ ، وإنما ينتقل إلى المولى

وإنْ أعتَقَهُ نفَذَ وضَمِنَ قيمتَهُ للغُرَماءِ وما بَقِيَ فعلى العَبْدِ، ويجُوزُ أنْ يَبيعَهُ المَوْلَى بِمِثْلِ الثَّمَنِ أوْ أقَلَّ، ويجُوزُ أنْ يَبيعَ مِنَ المَوْلَى بِمِثْلِ الثَّمَنِ أوْ أكثر.

كتاب الإكراه

ويُعْتَبَرُ فيهِ قُدْرَةُ المُكْرِهِ على إيقاعِ ما هدَّدَهُ بِهِ،

إذا فضل عن حاجته، والحاجة قائمة فى الدين المحيط، والمأذون يملكه لكونه آدميا مكلفا لكن ملكا منتقلا لامستقرا كملك المقتول الدية والجنين الغرة، ثم تنتقل إلى ورثته حتى يكون موروثا عنه، بخلاف ما إذا لم يكن مستغرقا، لأن الإنسان قلّ ما يخلو عن قليل الدين سيما التجار، فلو اعتبرنا القليل مانعا أدّى إلى سدّ باب التصرفات على المولى فيمتنع عن الإذن. قال (وإن أعتقه نفذ) لبقاء ملكه فيه (وضمن قيمته للغرماء، وما بقى فعلى العبد) لأن حقهم تعلق برقبته وقد فوّتها بالعتق فيغرم له قيمتها، وما فضل أخذوه من المعتق لأنه حرّ مديون، وإن شاء ضمنوا المعتق جميع ديونهم، لأن حقه تعلق برقبته وقد حصلت له فيضمنها وإن كان الدين أقلّ من قيمته ضمن الدين لأن حقهم فيه. قال (ويجوز أن يبيعه المولى بمثل الثمن أو أقلّ) لأنه أجنبيّ عن كسبه إذا كان مديونا كما بينا ولا تهمة فيه، وفيه منفعة للعبد بدخول المبيع فى ملكه، فان باعه وسلمه ولم يقبض الثمن سقط إن كان دينا، لأن المولى لا يثبت له دين على عبده، وإن كان الثمن عرضا لا يسقط لجواز بقاء حقه فى العين. قال (ويجوز أن يبيع من المولى بمثل الثمن أو أكثر) لأنه كالأجنبي ولا تهمة حتى لو باعه بأقلّ من القيمة لا يجوز للتهمة، ولو باع المولى العبد فقبضه المشترى وعيبه. فالغرماء إن شاءوا ضمنوا البائع القيمة لأنه أتلف حقهم بالبيع والتسليم، وإن شاءوا ضمنوا المشترى بالشراء والتعييب، وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن لأن الحقّ لهم كالمرتهن، فان ضمنوا البائع ثم ردّ عليه بعيب رجع عليهم بما ضمن وعاد حقهم إلى العبد لزوال المانع.

كتاب الإكراه

وهو الإلزام والإجبار على ما يكره الإنسان طبعا أو شرعا، فيقدم عليه ما عدم الرضا ليدفع عنه ما هو أضرّ منه؛ ثم قيل هو معتبر بالهزل المنافى للرضا، فما لايؤثر فيه الهزل لايؤثر فيه الإكره كالطلاق وأخواته؛ وقيل هو معتبر بخيار الشرط الخالى عن الرضا بموجب العقد، فما لايؤثر فيه الشرط لا يؤثر فيه الإكراه. قال (ويعتبر فيه قدرة المكره على إيقاع ما هدّده به) لأنه إذا لم يكن قادرا عليه لا يتحقق الخوف فلايتحقق الإكراه،

وَخَوْفُ المُكْرَهِ عاجِلاً ، وَامْتِناعُهُ مِنَ الفِعْلِ قَبْلَ الإكْراهِ لِحَقِّهِ أوْلِحَقِّ آدَمِيٍّ أوْ لِحَقِّ الشَّرْعِ ، وأنْ يَكُونَ المُكْرَهُ بِهِ نَفْسا أوْ عُضْوًا أوْ مُوجِبًا غَمًّا يَنْعَدِمُ بِهِ الرِّضا ، فَلَوْ أُكْرِهَ عَلَى بَيْعٍ أوْ شِراءٍ أوْ إجارَةٍ أوْ إقْرارٍ بِقَتْلٍ أوْ ضَرْبٍ شَدِيدٍ أوْ حَبْسٍ فَفَعَلَ ثُمَّ زَالَ الإكْرَاهُ ، فانْ شاءَ أمْضاهُ ، وَإنْ شاءَ فَسَخَهُ ، وَإنْ قَبَضَ العِوَضَ طَوْعا فَهُوَ إجازَةٌ ، وَإنْ قَبَضَهُ مُكْرَهًا فَلَيْسَ باجازَةٍ ، وَيَرُدُّهُ إنْ كان قائِما ، فانْ هَلَكَ المَبِيعُ فى يَدِ المُشْتَرِى

وما روى عن أبى حنيفة أن الإكراه لايتحقق إلا من سلطان ، فاختلاف عصر وزمان (و) لابدّ من (خوف المكره عاجلا) لأنه لو لم يخف فعله يكون راضيا فلا يكون مكرها ؛ لأن الإكراه ما يفعله بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد عليه اختياره مع بقاء أصل القصد ، لأنه طلب منه أحد الأمرين فاختار أحدهما ، فاذا فعل برضاه لايكون مكرها (و) لابد من (امتناعه من الفعل قبل الإكراه) لأن الإكراه لايتحقق إلا على فعل يمتنع عنه المكره . أما إذا كان بفعله فلا إكراه ويكون الامتناع (لحقه) كبيع ماله والشراء ، وإعتاق عبده ونحو ذلك (أو لحقّ أدميّ) كإتلاف مال الغير ونحوه (أو لحقّ الشرع) كالقتل والزنا وشرب الخمر ونحوها ، لأن الامتناع لايكون إلا لأحد هذه الأشياء (و) لابدّ (أن يكون المكره به نفسا أو عضوا) كالقتل والقطع (أو موجبا غما ينعدم به الرضا) كالحبس والضرب ؛ وأحكامه تختلف باختلاف هذه الأشياء ، فتارة يلزمه الإقدام على ماأكره عليه ، وتارة يباح له ، وتارة يرخص ، وتارة يحرم على ما نبينه إن شاء الله تعالى . قال (فلو أكره على بيع أو شراء أو إجارة أو إقرار بقتل أو ضرب شديد أو حبس ففعل ثم زال الإكراه ، فان شاء أمضاه ، وإن شاء فسخه) لأن الملك يثبت بالعقد لصدوره من أهله فى محله ، إلا أنه فقد شرط الحلّ وهو التراضى فصار كغيره من الشروط المفسدة ، حتى لو تصرّف فيه تصرّفا لايقبل النقض كالعتق ونحوه ينفذ وتلزمه القيمة ، وإن أجازه جاز لوجود التراضى بخلاف البيع الفاسد ، لأن الفساد لحقّ الشرع يجوز بإجازتهما ، ولا ينقطع حقّ الاسترداد ههنا وإن تداولته الأيدى ، بخلاف البيع الفاسد ، لأن الفساد لحقّ الشرع ، وقد تعلق بالبيع الثانى حقّ العبد ، وهنا أيضا الردّ حقّ العبد ، وهما سواء ؛ ولو أكره بضرب سوط ، أو حبس يوم ، أوقيد يوم لايكون إكراها ، لأنه لايبالى به عادة ، إلا إذا كان ذا منصب يستضرّ به ، فيكون إكراها فى حقه لزوال الرضى . وأما الإقرار فليس بسبب ، لكن جعل حجة لرجحان جانب الصدق ، وعند الإكراه يترجح جانب الكذب لدفع الضرر (وإن قبض العوض طوعا فهو إجازة) لأنه دليل الرضا كالبيع الموقوف (وإن قبضه مكرها فليس باجازة ، ويردّه إن كان قائما ، فان هلك المبيع فى يد المشترى

وَهُوَ غَيرَ مُكْرَهٍ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، وَلِلْمُكْرَهِ أَنْ يُضَمِّنَ المُكْرِهَ ، وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى طَلَاقٍ أَوْ عِتَاقٍ فَفَعَلَ وَقَعَ وَيَرْجِعُ عَلَى المُكْرِهِ بِقِيمَةِ العَبْدِ ، وَالوَلاءُ لِلْمُعْتِقِ ، وَفِى الطَّلَاقِ بِنِصْفِ المَهْرِ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبِمَا يَلْزَمُهُ مِنَ المُتْعَةِ عِنْدَ عَدَمِ التَّسْمِيَةِ ، فَانْ أُكْرِهَ عَلَى شُرْبِ الخَمْرِ أَوْ أَكْلِ المَيْتَةِ أَوْ عَلَى الكُفْرِ أَوْ إِتْلَافِ مَالِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيّ بِالحَبْسِ أَوِ الضَّرْبِ فَلَيْسَ بِمُكْرَهٍ ،

وهو غير مكره فعليه قيمته) لأنه بيع فاسد والمقبوض فيه مضمون بالقيمة (وللمكره أن يضمن المكره) لأنه كالآلة له فكأنه هو الذى دفعه إلى المشترى فصار كغاصب الغاصب ، فان ضمن المكره رجع على المشترى لأنه صار كالبائع ، وإن ضمن المشترى نفذ كلّ بيع حصل بعد الإكراه لأنه ملكه بالضمان ، والمضمونات تملك بأداء الضمان مستندا إلى وقت القبض عندنا على ما عرف . قال (وإن أكره على طلاق أو عتاق ففعل وقع) لما بينا أنه معتبر بالهزل لأنهما يجريان مجرى واحدا فى عدم الرضا ، وقد بينا أن الإكراه لايسلب القصد ، فقد قصد وقوع الطلاق والعتاق على منكوحته وعبده فيقع (ويرجع على المكره بقيمة العبد والولاء للمعتق) لما بينا أنه آلة له فانضاف إليه فله تضمينه (وفى الطلاق بنصف المهر إن كان قبل الدخول وبما يلزمه من المتعة عند عدم التسمية) لأنه أكد ما كان على شرف السقوط بأن تجىء الفرقة من قبلها ، فكان إتلافا لهذا القدر من المال فيضاف إليه ، بخلاف ما بعد الدخول ، لأن المهر تأكد بالدخول ، وهكذا النذر واليمين والظهار والرجعة والإيلاء والفىء باللسان ، لأن هذه الأشياء لاتقبل الفسخ وتصحّ مع الهزل ، والخلع يمين أو طلاق وعليها البدل إن كانت طائعة ، ولا شىء عليه فيما وجب بالنذر واليمين ، لأنه لامطالب له فى الدنيا فلا يطلبه فيها ، والنكاح كالطلاق ، فان كان بمهر المثل أو أقلّ لم يرجع بشىء لأنه وصل إليه عوض ما خرج من ملكه ، وإن كان أكثر من مهر المثل بطلت الزيادة ، لأن الرضا شرط للزوم الزيادة وقد فاتت . وإن أكرهت المرأة ، فان كان الزوج كفؤا بمهر المثل جاز ولا ترجع بشىء لما بينا ، وإن كان أقلّ فالزوج إما أن يتمّ لها مهر المثل أو يفارقها ، ولا شىء عليه إن لم يدخل بها ، لأن الفرقة جاءت من قبلها حيث لم ترض بالمسمى ، وإن دخل بها وهى مكرهة فلها مهر مثلها حيث لم ترض بالمسمى ، وإن كانت طائعة فهو رضى بالمسمى ، ويبقى الاعتراض للأولياء عند أبى حنيفة على ما عرف . قال (فان أكره على شرب الخمر أو أكل الميتة أو على الكفر أو إتلاف مال مسلم أوذمى بالحبس أو الضرب فليس بمكره) والأصل فى هذا أن شرب الخمر وأكل الميتة ومال الغير مباح فى حالة المخمصة ، وهو خوف فوت النفس ، قال الله تعالى ـ فمن

وَإِنْ أَكْرَهَهُ بِإِتْلَافِ نَفْسِهِ وَسِعَهُ أَنْ يَفْعَلَ ، وَإِنْ صَبَرَ حَتَّى قُتِلَ كَانَ مَأْجُورًا ،

اضطرّ غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه ـ فاذا أكره على ذلك بالضرب والحبس لايسعه ذلك لأنه ليس فى معناه ، وإذا لم يبح بهذا النوع من الإكراه لايباح الكفر لأنه أعظم جريمة وأشدّ حرمة وأقبح من هذه الأشياء ، لأن حرمتها بالسمع وحرمة الكفر به وبالعقل (وإن أكرهه باتلاف نفسه وسعه أن يفعل) أما شرب الخمر وأكل الخنزير والميتة فلما تلونا من النصّ . ووجهه أن حالة الضرورة صارت مستثناة من الحرمة ، فكانت الميتة والخمر حالة الضرورة كالخبز والماء فى غير حالة الضرورة ، فلو لم يفعل حتى قتل وهو يعلم بالإباحة أثم كما فى حالة المخمصة ، ولأن الحرمة لما زالت بقوله تعالى ـ فلا إثم عليه ـ صار كالممتنع عن الطعام والشراب حتى مات فيأثم . وأما إتلاف مال الغير فكذلك يباح حالة المخمصة فزال الإثم ، والضمان على من أكرهه لما مرّ ، وكذلك لو توعدوه بضرب يخاف منه على نفسه أو بقطع عضو منه ولو أنملة ، لأن حرمة الأعضاء كحرمة النفس ، ألا ترى أنه كما لايباح له القتل حالة المخمصة لايباح له قطع العضو ، ولو خوّفوه بالجوع لايفعل حتى يجوع جوعا يخاف منه التلف فيصير كالمضطرّ . وأما الكفر فانه يسعه أن يأتى به وقلبه مطمئنّ بالإيمان ، لما روى « أن عمار بن ياسر رضى الله عنه أكرهه المشركون على الكفر ، فأعطاهم بلسانه ما أرادوا ، ثم جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يبكى ، فقال له : ما وراءك ؟ فقال : شرّ ، نلت منك ، فقال : كيف وجدت قلبك ؟ قال : مطمئنا بالإيمان ، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح عينيه ويقول : مالك ، إن عادوا فعد ، ونزل قوله تعالى ـ إلا من أكره وقلبه مطمئنّ بالإيمان » وفيه دليل الكتاب ؛ والسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم « إن عادوا فعد » والأثر فعل عمار رضى الله عنه (وإن صبر حتى قتل كان مأجورا) وهو العزيمة « فان خبيب بن عدىّ الأنصارى رضى الله عنه صبر حتى قتل ، وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء ، وقال : هو رفيقى فى الجنة » ولأنه بذل مهجته وجاد بروحه تعظيما لله تعالى وإعلاء لكلمته لئلا يأتى بكلمة الكفر ، فكان شهيدا كمن بارز بين الصفين مع علمه أنه يقتل فانه يكون شهيدا ، ومن هذا القبيل سبّ النبىّ صلى الله عليه وسلم ، وترك الصلوات الخمس ، وكل ما ثبتت فرضيته بالكتاب ؛ ولو أكره الذمىّ على الإسلام صحّ إسلامه ، كما لو قوتل الحربى على الإسلام فأسلم ، فانه يصحّ بالإجماع . قال الله تعالى ـ وله أسلم من فى السموات والأرض طوعا وكرها ـ سمىّ المكره على الإسلام مسلما ، فان رجع الذمى لايقتل لكن يحبس حتى يسلم لأنه وقع الشكّ فى اعتقاده ، فاحتمل أنه صحيح فيقتل بالردّة ، ويحتمل أنه غير معتقد فيكون ذميا فلا يقبل ، إلا أنا رجحنا جانب الوجود حالة الإسلام تصحيحا لإسلامه

وَلَوْ أُكْرِهَ بِالْقَتْلِ عَلَى الْقَتْلِ لَمْ يَفْعَلْ وَيَصْبِرُ حَتَّى يُقْتَلَ ، فَإنْ قَتَلَ أَثِمَ وَالقِصَاصُ عَلَى الْمُكْرِهِ (زس) ، وَإِنْ أُكْرِهَ عَلَى الرِّدةِ لَمْ تَبِنِ امْرأتُه مِنْهُ ، وَمَنْ أُكْرِهَ عَلَى الزِّنا لاحَدَّ عَلَيْهِ (ز) .

لترجيح الإسلام على الكفر . قال (ولو أكره بالقتل على القتل لم يفعل ويصبر حتى يقتل) وكذا قطع العضو ، وسبّ المسلم وأذاه ، وضرب الوالدين ضربا مبرحا ، لأن الظلم حرام شرعا وعقلا ، لايستباح بحال ولا بوجه مّا ، وكذا قتل المسلم البرىء لايباح بوجه ما (فان قتل أثم) لقيام الحرمة (والقصاص على المكره) لأنه آلة له فيما يصلح أن يكون آلة وهو القتل ، ولا يصلح أن يكون آلة فى الإثم لأنه بالجناية على الدين وأنه حرام فلا يباح إلا من جهة صاحب الحقّ . وقال أبو يوسف : لاقصاص على واحد منهما لأن القصاص يندرئ بالشبهات وقد تحققت الشبهة فى حقّ كل واحد منهما ، أما المكرَه فهو محمول عليه ، وأما المكرِه فلعدم المباشرة . وقال زفر : يجب على المكره لأن المباشرة موجبة للقتل ولهذا تعلق به الإثم ، ولهما ما تقدّم أنه آلة فيما يصلح ، والقتل يصلح بأن يلقيه عليه وصار كمن أكره مجوسيا على ذبح شاة مسلم ، فالفعل ينتقل إلى المكره فى الإتلاف حتى يجب عليه الضمان ولا ينتقل الحكم حتى لايحلّ أكلها . قال (وإن أكره على الردّة لم تبن امرأته منه) لأن البينونة تبتنى على الردّة والردّة غير متحققة ، لاحتمال عدم اعتقاد الكفر ، بل هو الظاهر عند الإكراه ؛ ولو اختلفا فالقول قوله فى عدم الاعتقاد لأنه لايعرف إلا من جهته . قال (ومن أكره على الزنا لاحدّ عليه) لوجود الشبهة ويأثم بالفعل ، ولو صبر كان مأجورا كالقتل ، لأن الزنا لايباح بوجه مّا . وقال أبو حنيفة أوّلا وهو قول زفر : يحدّ لأن انتشار الآلة دليل الطواعية . قلنا : وقد يكون طبعا والشبهة موجودة ، ولو أكرهت المرأة وسعها ذلك ولا تأثم ، نصّ عليه محمد ، لأن الفاعل الرجل دونها ، لأن الإيلاج فعله فلم يتحقق الزنا منها ، لكن تمكينها وسيلة إلى فعله فيباح عند الضرورة ؛ ولو أمره ولم يكرهه فى هذه المسائل كلها إلا أنه يخاف القتل إن لم يفعل فهو فى حكم المكره لأن الإلجاء باعتبار الخوف ، وقد تحقق .

كتاب الدعوى

المُدَّعِي مَنْ لا يُجْبَرُ عَلَى الخُصُومَةِ ، وَالمُدعى عَلَيْهِ مَنْ يُجْبَرُ ،

كتاب الدعوى

الدعوى مشتقة من الدعاء وهو الطلب . وفى الشرع : قول يطلب به الإنسان إثبات حقّ على الغير لنفيه ، والبينة من البيان ، وهوالكشف والإظهار ؛ والبينة فى الشرع تظهر صدق المدّعى وتكشف الحقّ . والأصل فى الباب قوله صلى الله عليه وسلم « لو ترك الناس ودعواهم لادّعى قوم دماء قوم وأموالهم ، لكن البينة على المدّعى ، واليمين على المدّعى عليه » وفى رواية « واليمين على من أنكر » ويروى « أن حضرميا وكنديا اختصما بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شىء ، فقال للمدّعى : ألك بينة ؟ قال لا ، فقال : لك يمينه ليس لك غير ذلك » فنبدأ بمعرفة المدّعى والمدّعى عليه ، إذ هو الأصل فى الباب ونبنى عليه عامّة مسائله

قال (المدعى من لايجبر على الخصومة ، والمدّعى عليه من يجبر) وقيل المدّعى من يضيف إلى نفسه ما ليس بثابت ، والمدّعى عليه من يتمسك بما هو ثابت بظاهر اليد ، فلو ادّعى على رجل دينا فادّعى الوفاء أو البراءة صار مدعيا لدعواه ما ليس بثابت ، وهو فراغ ذمته بعد اتفاقهما على الشغل ، وقيل المدّعى من لايستحقّ إلا بحجة كالخارج ، والمدّعى عليه من يستحقّ بقوله من غير حجة كذى اليد ؛ وقيل المدّعى من يضيف ماعند غيره إلى نفسه ، والمدّعِي عليه : ما يضيف ما عنده إلى نفسه ، وجميع العبارات متقاربة ، وينبغى أن يحقق ذلك ويعرف بالمعنى لابالصورة ، فان المودع إذا ادّعى إيصال الوديعة فانه مدّع صورة منكر معنى حتى لو ترك لايترك ، والفقيه إذا أمعن النظر وأنعم الفكر ظهر له ذلك بتوفيق الله ، ولا يصحّ الدعوى إلا فى مجلس القضاء على خصم حاضر .

اعلم أنّ الدعوى إذا صحت عند القاضى أوجبت على الخصم الحضور إلى مجلس القاضى ، قال تعالى ـ وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون ـ ذمّهم على ترك الحضور وهو الإعراض عن الإجابة . وعن علىّ رضى الله عنه « أن امرأة الوليد بن عقبة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستعدى على زوجها ، فأعداها ، فقالت : أبى أن يجىء ، فأعطاها هدبة من ثوبه فجاءت به » ولأن الحكام يحضرون الناس بمجرّد الدعوى من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير ، فاذا حضر وادعى عليه وجب عليه الجواب بلا أو بنعم حتى لو سكت كان إنكارا فيسمع البينة عليه

وَلا بُدَّ أنْ تَكُونَ الدَّعْوَى بِشَيْءٍ مَعْلُومِ الجِنْسِ وَالقَدْرِ ، فانْ كانَ دَيْنا ذَكَرَ أنَّهُ يُطالِبُهُ بِهِ ، وَإنْ كانَ عَيْنا كُلِّفَ المُدعى عَلَيْهِ إحْضارَها ، فانْ لَمْ تَكُنْ حاضِرَةً ذَكَرَ قِيمَتَها ، وَإنْ كانَ عَقارًا ذَكَرَ حُدُودَهُ الأرْبَعَةَ ، وأسْماءَ أصْحابِها وَنَسَبَهُمْ إلى الجَدِّ ، وَذَكَرَ المَحِلَّةَ وَالبَلَدَ ، ثُمّ يَذْكُرُ أنَّهُ فى يَدِ المُدَّعَىعَلَيْهِ وأنّه يُطالِبُهُ بِهِ ، وَإذا صَحَّتِ الدَّعْوَى سألَ القاضِي المُدَّعَى عَلَيْهِ ، فانِ اعْتَرَفَ أوْ أقامَ المُدعِي بيِّنَةً قَضَى عَلَيْهِ ، وَإلاَّ يُسْتَحْلَفْ ،

دفعا للضرر عن المدّعى إلا أن يكون أخرس . قال (ولا بدّ أن تكون الدعوى بشيء معلوم الجنس والقدر) لأن الدعوى للإلزام ، والقضاء بالمجهول غير ممكن ، وكذلك الشهادة بالمجهول لاتقبل (فإن كان دينا ذكر أنه يطالبه به) لأن فائدة الدعوى إجبار القاضى المدّعى عليه على إيفاء حقّ المدّعى ، وليس للقاضى ذلك إلا إذا طالبه به فامتنع ، ولا بدّ من ذكر الوصف لأنه لايعرف إلا به (وإن كان عينا كلف المدّعىعليه إحضارها) ليشير إليها بالدعوى والشهود عند أداء الشهادة والمنكر عند اليمين ، ولأن ذلك أبلغ فى التعريف (فان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها) لأنه إذا تعذر مشاهدة العين فالقيمة تقوم مقامها كما فى الاستهلاك ، إذ هى المقصود غالبا ، ويذكر فى القيمة شيئا معينا فى قدره ووصفه وجنسه نفيا للجهالة لما بينا ، وإن كان حيرانا يذكر الذكورة أو الأنوثة (وإن كان عقارا ذكر حدوده الأربعة وأسماء أصحابها ونسبهم إلى الجدّ وذكر المحلة والبلد) لأن العقار لايمكن إحضاره فتعذّر تعريفه بالإشارة فيعرف بالحدود ويبدأ بذكر البلدة لأنه أعمّ ثم بالمحلة التى فيها العقار ثم يبين الحدود ، لأن التعريف يقع بذلك ، ولا بدّ من ذكر أصحابها وأسماء آبائهم وأجدادهم لأنه أبلغ فىالتعريف،وفى ذكر الجدّ خلاف أبى يوسف ، وقد تقدم ، وإن كان الرجل مشهورا لايحتاج إلى ذكر النسب لوجود التعريف بدونه ، وكذلك يجب على الشهود ذكر الحدود كما مرّ . قال (ثم يذكر أنه فى يد المدّعى عليه وأنه يطالبه به) لأنه إذا لم يكن فى يده لايكون خصما والحقّ له فلا يستوفى إلا بطلبه ، ولأنه يحتمل أنه فى يده رهنا أو محبوسا بالثمن ، فاذا طالبه زال الاحتمال ، ولا يثبت كونه فىيده إلا ببينة أو علم القاضى ، ولا يثبت بتصادقهما نفيا لتهمة المواضعة لجواز أنه فى يد غيره بخلاف المنقول ، لأن اليد فيه مشاهدة . قال (وإذا صحت الدعوى سأل القاضى المدّعى عليه) لينكشف وجه الحكم ولوجوب الجواب عليه (فان اعترف أو أقام المدّعى بينة قضى عليه) أما الاعتراف فلأنه لاتهمة فيه ، قال تعالى - بل الإنسان على نفسه بصيرة - أى شاهد ، وأما البينة فلأنها مشتقة من البيان وهو الإظهار ، فهى تظهر الحقّ وتكشف صدق الدعوى فيقضى بها ، وعلى هذا إجماع المسلمين . قال (وإلا يستحلف) لقوله

فانْ حَلَفَ انْقَطَعَتِ الخُصُومَةُ إلاَّ أنْ تَقُومَ البَيِّنَةُ ، وَإنْ نَكَلَ يَقْضِي عَلَيْهِ بالنُّكُولِ ، فانْ قَضَى أوَّلَ ما نَكَلَ جازَ ، وَالأوْلَى أنْ يَعرِضَ عَلَيْهِ اليَمِينَ ثَلاثًا ، وَيَثْبُتُ النُّكُولُ بِقَوْلِهِ لاأحْلِفُ ، وَبالسُّكُوتِ إلا أنْ يَكُونَ بِهِ خَرَسٌ أوْ طَرَشٌ ، وَلا تُرَدُّ اليَمِينُ عَلَى المُدَّعِي (ف) ،

عليه الصلاة والسلام « ألك بينة ؟ قال لا ، قال : فلك يمينه » ولا بدّ من طلب المدّعى واستحلافه لأنها حقه بالإضافة إليه (فان حلف انقطعت الخصومة) لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لك غير ذلك » فيما روينا من الحديث . قال (إلا أن تقوم البينة) فتقبل ، قال عليه الصلاة والسلام « اليمين الفاجرة أحقّ أن تردّ من البينة العادلة » ولأن طلب اليمين لايدلّ على عدم البينة لاحتمال أنها غائبة أو حاضرة فى البلد ولم يحضرها ، ولأن اليمين بدل عن البينة ، وإذا قدر على الأصل بطل حكم الخلف . قال (وإن نكل يقضى عليه بالنكول) لأن النكول اعتراف وإلا يحلف دفعا للضرر عنه وقطعا للخصومة ، فكان نكوله إقرارا أو بدلا فيقضى به (فإن قضى عليه أوّل ما نكل جاز) لأنه حجة كالإقرار (والأولى أن يعرض عليه اليمين ثلاثا) ويخبره أن من مذهبه القضاء بالنكول لأنه فصل مجتهد فيه ، فربما يخفى عليه حكمه ، فاذا عرض عليه ثلاثا وأبى قضى عليه ، هكذا فعله أبو يوسف مع وكيل الخليفة وألزمه بالمال ، وإن قال بعد النكول : أنا أحلف إن كان قبل القضاء حلفه لكونه مختلفا فيه ، وإن كان بعد القضاء لم يحلفه لأن النكول بمنزلة الإقرار ، ولو أقرّ ثم قال أحلف لايسمع منه كذا هذا (ويثبت النكول بقوله لاأحلف) لأنه صريح فيه (وبالسكوت) لأنه لادلالة عليه وإلا يحلف (إلا أن يكون به خرس أو طرش) فيعذر . قال (ولا تردّ اليمين على المدعى) لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدّعى ، واليمين على المدّعى عليه » جعل جنس اليمين على المدّعى عليه لأنه ذكره بالألف واللام وذلك ينفى ردّها على المدّعى ، ولأنه قسم والقسمة تنافى الشركة ، فلا يكون للمدّعى يمين ، ويلزم من هذا عدم جواز القضاء بالشاهد واليمين ، لأن ما روينا ينفى أن يكون للمدّعى يمين معتبرة ، فيبقى القضاء بشاهد فرد ، وأنه خلاف الإجماع ، وكذا قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث الحضرمىّ « ألك بينة ؟ قال لا ، قال : لك يمينه ليس لك غير ذلك » ينفى الجواز أيضا لأنه غير المشار إليه فى الحديث . وما روى « أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين » فمردود لوجوه : أحدها أنه مخالف للكتاب لأنه تعالى أوجب الحقّ للمدّعى بشهادة رجلين ، ونقله عند عدمهما إلى شهادة رجل وامرأتين ، فالنقل إلى غيره خلاف الكتاب ، أو نقول الزيادة عليه خلاف الكتاب . الثانى أنه ورد فى حادثة عامة مختلفة بين السلف ، فلو كان ثابتا لارتفع الخلاف ، فلما لم يرتفع دلّ على عدم ثبوته . الثالث أنه خبر آحاد ،

وَإِنْ قَالَ : لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ فِي المِصْرِ وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ لَمْ يُسْتَحْلَفْ (سم ف) وَيَأْخُذُ مِنْهُ كَفِيلاً بِنَفْسِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، وَإِنْ كَانَ غَرِيبًا يُلَازِمُهُ مِقْدَارَ مَجْلِسِ القَاضِي ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ فِي النِّكَاحِ (سم) وَالرَّجْعَةِ وَالفَيْءِ فِي الإِيلَاءِ وَالرِّقِّ وَالاسْتِيلَادِ وَالنَّسَبِ وَالوَلَاءِ وَالحُدُودِ ،

وقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدّعى » مشهور قريب من التواتر فلا يعارضه ، لأن خبر الآحاد إذا ورد معارضا للخبر المشهور يردّ . الرابع ردّه أئمة الحديث كيحيى ابن معين وغيره . الخامس ما روى عن معمر قال : سمعت الزهرى يقول : القضاء بالشاهد واليمين بدعة ، وأوّل من قضى به معاوية . قال (وإن قال : لى بينة حاضرة فى المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف » عند أبى حنيفة ، وقالا : يستحلف ، لأن اليمين حقه فلا يبطل إلا باقامة البينة لابالقدرة عليها ، واعترافه بالبينة لايكون اعترافا بسقوط اليمين ، وله قوله عليه الصلاة والسلام « ألك بينة ؟ قال لا ، قال : فلكٰ يمينه » رتب اليمين على عدم البينة فلا يجب مع وجودها ، ولأنا أجمعنا على أنه لو قامت البينة سقطت اليمين ، حتى او قال المدّعى عليه : أنا أحلف لايلتفت إليه ، وإذا كانت اليمين لايثبت حكمها مع البينة ، فاذا اعترف بالبينة وأنه قادر على إقامتها فقد اعترف أنه لايمين على المدّعى عليه . قال (ويأخذ منه كفيلا بنفسه ثلاثة أيام) ويجيبه القاضى إلى ذلك استحسانا لاحتمال أنه بغيب قبل إقامة البينة ، وكذا لو أقام البينة قبل القضاء لاحتمال أنه يغيب قبل القضاء فيتعذّر القضاء فيكفله مدّة إحضار الشهود على ما يروى عن أبى يوسف وعن أبى حنيفة ثلاثة أيام ، ألا ترى أنه بمجرّد الدعوى عند القاضى يعديه (١) إحياء للحقوق كذا هذا ، ويكتفى بالكفيل أن يكون معروفا ليحصل التوثق ، ولا يشترط كونه مليا أو تاجرا ، فان امتنع أن يعطيه كفيلا أمره القاضى بالملازمة على الوجه الذى ذكرنا فى أدب القاضى (وإن كان غريبا يلازمه مقدار مجلس القاضى) لأن ملازمته أكثر من ذلك تضرّه وتمنعه من سفره من غير حجة ، بخلاف المقيم إذ لاضرر عليه فى ذلك ، وهذا إذا كان حقا لايسقط بالشبهة ؛ أما الحدود والقصاص فى النفس فلا يأخذ منه كفيلا ، وقالا : يأخذ منه كفيلا فى حدّ القذف وفى السرقة إن ادّعى المـال . قال (ولا يستحلف فى النكاح والرجعة والفىء فى الإيلاء والرقّ والاستيلاد والنسب والولاء والحدود) وقالا : يستحلف فيها إلا الحدود واللعان ، وهذا بناء على أن النكول بذل عنده ، والبذل لايجرى فى هذه الأشياء إقرار عندهما ، والإقرار يجرى فيها . لهما أن الناكل ممتنع عن اليمين الكاذبة ظاهرا ، فيصير معترفا بالمدّعى دلالة ، إلا أنه إقرار فيه شبهة ، والحدود تندرئ بالشبهات ، واللعان فى معنى الحدود . وله أنا

---

(١) (قوله يعديه) معناه : يرسل خلفه ويطلبه فى الحال ، قاله فى الصحاح .

وَيُسْتَحْلَفُ فِي الْقِصَاصِ ، فَإِنْ نَكَلَ اقْتُصَّ مِنْهُ (سم) فِي الْأَطْرَافِ ، وَفِي النُّفُوسِ يُحْبَسُ حَتَّى يَحْلِفَ (سم) أَوْ يُقِرَّ ، وَإِنِ ادَّعَتْ عَلَيْهِ طَلَاقًا قَبْلَ الدُّخُولِ اسْتُحْلِفَ ، فَإِنْ نَكَلَ قُضِيَ عَلَيْهِ بِنِصْفِ الْمَهْرِ وَالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى لَا غَيْرُ ، وَتُغَلَّظُ بِأَوْصَافِهِ إِنْ شَاءَ الْقَاضِي ،

لو اعتبرناه إقرارا يكون كاذبا فى إنكاره والكذب حرام ، ولو جعلناه بذلا وإباحة لايكون كاذبا فيجعل باذلا صيانة له عن الحرام ، والمقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول ، فكلّ موضع لايقضى فيه بالنكول لايستحلف ، ويستحلف فى السرقة إن ادّعى المال فيحلفه بالله ماله عليه هذا المال ولا شيء منه ، فإن نكل ضمنه المال لثبوته مع الشبهة ، ولا يقطع لأن الحدّ لايثبت مع الشبهة ، ودعوى الاستيلاد أن تدّعى الأمة أنها أمّ ولد سيدها ، وهذا ابنها منه والمولى ينكر ، أما لو ادعى المولى لايلتفت إلى إنكارها ، لأن الاستيلاد والنسب يثبت بمجرّد قوله . واختار الفقيه أبو الليث الفتوى على قولهما لعموم البلوى ، ثم عندهما كلّ نسب يثبت من غير دعوى المال كالبنوّة والزوجية والمملوكية يستحلف عليه ، وكل نسب لو أقرّ به لايثبت إلا بدعوى المال كالأخ والعم لايستحلف إلا إذا ادّعى بسببه مالا أو حقا كدعوى الإرث وعدم الرجوع فى الهبة ونحوه . قال (ويستحلف فى القصاص) بالإجماع (فان نكل اقتصّ منه فى الأطراف وفى النفوس يحبس حتى يحلف أو يقرّ) وقالا : يلزمه الأرش فيهما ، لأن النكول إقرار فيه شبهة العدم فلا يثبت به القصاص ، فيجب المال سيما إذا ادّعى الولىّ العمد والآخر الخطأ . ولأبى حنيفة أن الأطراف تجرى مجرى الأموال فيجرى فيها البذل حتى لو قال لغيره اقطع يدى فقطعها لاشيء عليه ، وهذا دليل البذل ، إلا أنه لايباح له القطع ، لأنه لافائدة له فيه ، والبذل هنا مفيد لانقطاع الخصومة ، ولا كذلك النفس فلا يجرى فيها البذل ، وإذا امتنع القصاص فى النفس واليمين مستحقة عليه يحبس بها كما فى القسامة . قال (وإن ادّعت عليه طلاقا قبل الدخول استحلف) لأنه دعوى مال (فان نكل قضى عليه بنصف المهر) لما مرّ ، وكذا إذا ادّعت الصداق فى النكاح يستحلف لأنها دعوى مال ، ويثبت المال بالنكول دون النكاح وقد مرّ (واليمين بالله تعالى لاغير) قال عليه الصلاة والسلام « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر » (وتغلظ بأوصافه إن شاء القاضى) وقيل يختلف ذلك باختلاف حال الحالف وصلاحه وخوفه وقلة مبالاته وغير ذلك ، وقيل يختلف بكثرة المال وقلته ، وينبغى للقاضى أن يعظ الحالف قبل الحلف ، ويعظم عنده حرمة اليمين ، ويتلو عليه قوله تعالى - إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا - الآية ، ويذكر له قوله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين صبر ليقتطع بها مال امرئ مسلم لقى الله تعالى وهو عليه غضبان »

وَيُحتاطُ مِنَ التَّكْرارِ ، وَلا تُغَلَّظُ بِزَمانٍ وَلا مَكانٍ ، وَيُسْتَحْلَفُ اليَهُودِيُّ بِاللهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ عَلَى مُوسَى ، وَالنَّصْرَانِيُّ بِاللهِ الَّذِي أَنْزَلَ الإِنْجِيلَ عَلَى عِيسَى ، وَالمَجُوسِيُّ بِاللهِ الَّذِي خَلَقَ النَّارَ ، وَالوَثَنِيُّ بِاللهِ ، وَلا يُحَلَّفُونَ فِي بُيُوتِ عِبادَاتِهِمْ ،

وتغليظ اليمين أن يقول : والله الذى لاإله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ، الطالب الغالب ، المدرك المهلك ، الذى يعلم من السرّ ما يعلم من العلانية ، الكبير المتعال ، ويزيد عليه ما يشاء وينقص (ويحتاط من التكرار) بادخال الحروف العاطفة بين هذه الأسماء ، فان المستحقّ عليه يمين واحدة (ولا تغلظ بزمان ولا مكان) لأن تعظيم المقسم به حاصل فى كلّ زمان ومكان وهو المقصود ، ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق للحديث . وقيل يحلف فى زماننا لقلة مبالاة الناس باليمين الكاذبة وكثرة إقدامهم على ذلك ، وكراهتهم اليمين بالطلاق والعتاق ، لأن المقصود امتناعهم عن اليمين الكاذبة وجحود الحقّ ، وذلك فيما يعظمونه أكثر . قال (ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى ، والنصرانىّ بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى ، والمجوسىّ بالله الذى خلق النار) والأصل فى ذلك ما روى « أنه صلى الله عليه وسلم حلف ابن صوريا اليهودى على حكم الزنا فى التوراة فقال له : أنشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى » وإذا ثبت هذا فى اليهودى فالنصرانى مثله فى الإنجيل ، والمجوسىّ فى النار ، لأن النصرانى يعظم الإنجيل ، والمجوسى يعظم النار كتعظيم اليهودى التوراة ، فيحلفهم بما يكون أعظم فى صدورهم ، والمذكور فى المجوسى قول محمد . أما عندهما يحلف بالله لاغير ، لأن التغليظ بغير الله تعالى لايجوز ، ولأن ذكر النار مع ذكر الله تعالى تعظيم لها ، ولا يجوز ، إلا أن اليهودى والنصرانى ورد فيهما نصّ خاصّ ، ولأن كتب الله تعالى معظمة . وعن أبى حنيفة رحمه الله : أنه لايحلف أحد إلا بالله خالصا (و) يحلف (الوثنى بالله) لأنهم يعتقدون الله ، قال الله تعالى - ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولنّ الله - ولا يستحلف بالله الذى خلق الوثن والصنم لما مرّ ، ولو اقتصر فى الكلّ على قوله بالله فهو كاف ، لأن الزيادة للتأكيد كما قلنا فى المسلم ، وإنما يغلظ ليكون أعظم فى قلوبهم ، فلا يتجاسرون على اليمين الكاذبة . قال (ولا يحلفون فى بيوت عباداتهم) لأن الغرض اليمين بالله ، ولأن ذلك يشعر بتعظيمها ولا يجوز ، ولأن المسلم ممنوع من دخولها . ويستحلف الأخرس فيقول له القاضى : عليك عهد الله إن كان لهذا عليك هذا الحقّ ، ويشير الأخرس برأسه : أى نعم .

ثم الاستحلاف على نوعين : على العقود الشرعية والأفعال الحسية ، فالعقود الشرعية :

فَيُحَلِّفُهُ فى البَيْعِ باللهِ ما بَيْنَكُما بَيْعٌ قائِمٌ فِيما ذُكِرَ ، وَفى النِّكاحِ ما بَيْنَكُما نِكاحٌ قائِمٌ فى الحَالِ ، وفى الطَّلاقِ ماهِيَ بائِنٌ مِنْكَ السَّاعَةَ ، وفى الوَدِيعَةِ مالَهُ هٰذَا الَّذِى ادَّعاهُ فى يَدِكَ وَدِيعَةٌ وَلا شَىْءَ مِنْهُ ، وَلا لَهُ قِبَلَكَ حَقٌّ ،

يحلفه القاضى على الحاصل بالله ماله قبلك ما ادّعى من الحقّ ، ولا يحلفه على السبب وهو العقد ، لأن العقد ربما انفسخ بالتفاسخ أو بالبراءة من موجبه بالإبراء والإيفاء فيتضرّر بذلك لأنه إن حلف كذب ، وإن لم يحلف قضى عليه بالنكول ، ولا كذلك إذا حلفه على الحاصل لأنه إن كان محقا أمكنه الحلف فلا يتضرّر ، وقيل إن أنكر المدّعى عليه السبب حلف عليه ، وإن أنكر الحكم حلف على الحاصل ، إلا أن يكون فى ذلك ترك النظر للمدّعى بأن يدّعى الشفعة بالجوار أو نفقة المبتوتة والمدّعى عليه لايراها ، فحينئذ يحلفه على السبب ، لأنه إذا حلف على الحاصل فهو يعتقد صدق يمينه بناء على اعتقاده فيبطل حقّ المدّعى ، فيحلفه بالله ما اشتريت هذه الدار التى سماها بكذا ، وفى المبتوتة بالله ما هى معتدّة منك ، ومثله إذا ادّعت الفرقة بمضىّ مدة الإيلاء يحلفه بالله ما آلى منها فى وقت كذا ولايحلفه بالله ماهى بائن منك لأنه لايرى ذلك . وعن أبى يوسف أنه يحلفه على العقد إلا إذا ذكر شيئا مما ذكرنا فيحلفه على الحاصل. والأفعال الحسية نوعان : أحدهايستحلف علىالحاصل أيضا كالغصب والسرقة . والثانى يحلفه على السبب على ما نبينه فى أثناء المسائل إن شاء الله تعالى (فيحلفه فى البيع بالله ما بينكما بيع قائم فيما ذكر ، وفى النكاح ما بينكما نكاح قائم فى الحال) لأنه قد يطلقها أو يخالعها بعد العقد (وفى الطلاق ما هى بائن منك الساعة ، وفى الوديعة ماله هذا الذى ادّعاه فى يدك وديعة ولا شىء منه ، ولا له قبلك حقّ) لجواز أن يكون قد برئ من بعضها أو استهلكها ، وفى الغصب والسرقة إن كانت العين قائمة بالله ما يستحقّ عليك ردّه لأنه قد يغصبه ثم يملكه ببيع أو هبة ، وإن كانت هالكة يستحلف على قيمتها ، وقيل يحلف على الثوب والقيمة جميعا . والنوع الثانى من الأفعال الحسية أن يدّعى على غيره أنه وضع على حائطه خشبة ، أو بنى عليه ، أو أجرى ميزابا على سطحه أو فى داره ، أو رمى ترابا فى أرضه ، أو شقّ فى أرضه نهرا ، فانه يحلف على السبب بالله ما فعلت كذا لأن هذه الأشياء لاترتفع ، ومثله إذا ادّعى العبد المسلم على مولاه العتق يحلف على السبب لأنه لايرتفع ، وفى الأمة والعبد الكافر يحلفه على الحاصل ، لأن الرقّ يتكرّر على الأمة بالردّة واللحاق ، وعلى العبد الكافر بنقض العهد واللحاق ولا كذلك المسلم (١) ، ويحلفه فى الدين بالله ماله عليك من الدين والقرض عليك ولا كثير ، لاحتمال أنه أدّى البعض

(١) لأن الرقّ لايتكرّر عليه ، لأنه إذا ارتدّ ولحق بدار الحرب لايقبل منه إلا الإسلام أو السيف .

وَإِذَا قالَ المُدَّعَى عَلَيْهِ هَذَا الشَّيْءُ أَوْدَعَنِيهِ فُلانٌ الغائِبُ ، أَوْ رَهَنَهُ عِنْدِى ، أَوْ غَصَبْتُهُ مِنْهُ أَوْ أَعارَنِى أَوْ آجَرَنِى وأقامَ عَلَى ذلكَ بَيِّنَةً فَلا خُصُومَةَ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ مُحْتالاً ، وَإِذا قالَ الشُّهُودُ أَوْدَعَهُ رَجُلٌ لانَعْرِفُهُ لَمْ تَنْدَفِعِ الخُصُومَةُ .

فصل

بَيِّنَةُ الخارِجِ أَوْلَى مِنْ بَيِّنَةِ ذِى اليَدِ عَلَى مُطْلَقِ المِلْكِ ،

أو أبرأه منه فلا يحنث فى يمينه على الجميع ، ومن افتدى يمينه من خصمه بمال صالحه عليه جاز وسقط حقه فى الاستخلاف أصلا . وقد روى أن عثمان رضى الله عنه افتدى يمينه وقال : أخاف أن يصيب الناس بلاء فيقولون هذا بيمين عثمان . قال (وإذا قال المدّعى عليه هذا الشىء أودعنيه فلان الغائب أو رهنه عندى أو غصبته منه أو أعارنى أو آجرنى وأقام على ذلك بينة فلا خصومة إلا أن يكون محتالا) ولا بدّ من إقامة البينة على دعواه لدفع الخصومة لأن بالنظر إلى كونه فى يده هو خصم ثم هو باقراره يريد دفع الخصومة عنه فلا تقبل إلا ببينة . وقوله إلا أن يكون محتالا قول أبى يوسف فانه قال : إن كان المدّعى عليه معروفا بالصلاح فالجواب كما ذكرنا ، وإن كان معروفا بالحيل لايندفع . لأن المحتال قد يدفع ماله إلى غيره ، ثم ذلك الغير يودعه إياه ، ويسافر احتيالا لدفع الحقّ ، فاذا عرفه القاضى بذلك لايقبله (وإذا قال الشهود أودعه رجل لانعرفه لم تندفع الخصومة) لاحتمال أنه المدّعى ولو قالوا نعرفه بوجه ولا نعرف اسمه ونسبه اندفعت عند أبى حنيفة. وقال محمد : لاتندفع لأن القضاء بالمجهول باطل ، لأن المدّعى لايمكنه اتباعه فيتضرّر ، وصار كالفصل الأوّل . ولأبى حنيفة أن اليد تدلّ على الملك وتوجب الخصومة ، فان أثبت بالبينة كونه مودعا اندفعت الخصومة عنه ، إلا أنهم إذا لم يعرفوه بوجهه احتمل أنه المدّعى فلا تندفع ، وإذا عرفوه بوجهه ثبت أنه مودع من غير المدّعى فاندفعت الخصومة ، كما إذا عاين القاضى أنه أودعه غير المدّعى ، إذ البينة العادلة كمعاينة القاضى ، فان قال المدّعى أودعها ثم أوهبها منك ونكر يستحلفه القاضى أنه ما وهبها منه ولاباعها له ، فان نكل صار خصما ، ولو ادّعى المدّعى عليه أنه اشتراها من آخر فهو خصمه لأنه أقرّ أن يده يد ملك فكان خصما ، ولو قال المدّعى عليه نصف الدار لى ونصفها وديعة فلان وأقام البينة على ذلك اندفعت الخصومة فى الكلّ لتعذّر التمييز .

فصل

(بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد على مطلق الملك) لأنها أكثر إثباتا لأنها تثبت الملك

وَإِنْ أَقامَ الخارِجُ البَيِّنَةَ عَلى مِلْكٍ مُؤَرَّخٍ ، وَذُو اليَدِ عَلى مِلْكٍ أَسْبَقَ مِنْهُ تارِيخًا فَذُو اليَدِ أَوْلَى ، وَلَوْ أقاما البَيِّنَةَ عَلى النِّتاجِ أَوْ عَلى نَسْجِ ثَوْبٍ لايَتَكَرَّرُ نَسْجُهُ فَبَيِّنَةُ ذِى اليَدِ أَوْلَى ، وَإِنْ أَقامَ كُلُّ واحِدٍ البَيِّنَةَ عَلى الشِّراءِ مِنَ الآخَرِ وَلا تارِيخَ لَهُما تَهاتَرَتا ، وَإِنِ ادَّعَيا نِكاحَ امْرَأَةٍ ، وَأقاما البَيِّنَةَ لَمْ يُقْضَ لِواحِدٍ مِنْهُما ،

للخارج وبينة ذى اليد لا ، لأن الملك ثابت له باليد ، وإذا كانت أكثر إثباتا كانت أقوى. قال (وإن أقام الخارج البينة على ملك مؤرخ ، وذو اليد على ملك أسبق منه تاريخا فذو اليد أولى) لأن بينته تثبت الملك له وقت التاريخ، والخارج لايدّعيه فى ذلك الوقت ، وإذا ثبت الملك له ذلك الوقت فلا يثبت بعد ذلك لغيره إلا بالتلقى منه ، إذ الأصل فى الثابت دوامه ، وكذا لوكانت فى أيديهما وأقاما البينة على ما ذكرنا (ولو أقاما البينة على النتاج أو على نسج ثوب لايتكرّر نسجه فبينة ذى اليد أولى) لأن ماقامت عليه بينة لاتدلّ عليه اليد فتعارضتا فترجحت بينة ذى اليد باليد ، وكذا كلّ سبب لايتكرّر كغزل القطن وعمل الجبن واللبد وجزّ الصوف وحلب اللبن لأنه فى معنى النتاج ، وإن كان يتكرّر كالبناء وزرع الحبوب ونسج الخزّ ونحوه فبينة الخارج أولى كما فى الملك المطلق ، وإن أشكل قضى للخارج ، وإن تنازعا فى دابة وأقاما البينة على النتاج وأرّخا فمن وافقه سنّ الدّابة فهو أولى ، وإن أشكل فهى بينهما لعدل الأولوية ، وإن خالف سنّ الدّابة التاريخين تهاترتا وتركت فى يد من كانت فى يده . قال (وإن أقام كل واحد البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ لهما تهاترتا) قال محمد : يقضى للخارج لأنه أمكن العمل بالبينتين بأن باعه الخارج وقبض ثم باعه ذو اليد ولم يقبض ، ولا ينعكس لعدم جواز البيع قبل القبض وإن كان عقارا عنده ، والعمل بالبينتين واجب ما أمكن ، لأن البينة من الدلائل الشرعية ، وإن ذكرت البينتان القبض عمل بهما ويكون لذى اليد ، ويجعل كأنه باع من الخارج وقبضها الخارج ، ثم باعها من ذى اليد وقبضها ذو اليد عملا بالبينتين . ولهما أن شراء كل واحد من الآخر اعتراف بكون الملك له ، فكأن البينتين قامتا على الاعترافين وإنه موجب للتهاتر ، لأنه لايتصوّر أن يكون كلّ واحد بائعا ومشتريا فى حالة واحدة ، ولا دلالة على السبق ولا ترجيح فيتعذر القضاء أصلا ، ثم هذا شىء بناه على أصله ، فان عندهما يجوز بيع العقار قبل القبض ، فجاز أن يكون الخارج اشتراه أوّلا ثم باعه قبل القبض لذى اليد فيكون لذى اليد ، ومع الاحتمال لايثبت الملك وإن وقتا ، فان كان الخارج أوّلا قضى بهما ويكون لذى اليد ، وإن كان ذو اليد أوّلا قضى بهما أيضا والملك للخارج بالإجماع . قال (وإن ادّعيا نكاح امرأة وأقاما البينة لم يقض لواحد منهما) لتعذّر الاشتراك فى النكاح

وَإِنْ وَقَّتَا فَهِيَ لِلأَوَّلِ ، وَإِنِ ادَّعَيَا عَيْنًا فِي يَدِ ثَالِثٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا البَيِّنَةَ أَنَّهَا لَهُ قُضِيَ بِهَا بَيْنَهُمَا ، وَإِنِ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشِّرَاءَ مِنْ صَاحِبِ اليَدِ ، وَأَقَامَ البَيِّنَةَ فَإِنْ شَاءَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَخَذَ نِصْفَ العَبْدِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ ، فَإِنْ تَرَكَ أَحَدُهُمَا فَلَيْسَ لِلآخَرِ أَخْذُ جَمِيعِهِ ، وَإِنْ وَقَّتَا فَهُوَ لِلأَوَّلِ ، وَإِنْ وَقَّتَ أَحَدُهُمَا أَوْ كَانَ مَعَهُ قَبْضٌ فَهُوَ أَوْلَى ، وَإِنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا شِرَاءً وَالآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا أَوْ صَدَقَةً وَقَبْضًا وَلَا تَارِيخَ لَهُمَا فَالشِّرَاءُ أَوْلَى ، وَإِنِ ادَّعَى الشِّرَاءَ وَادَّعَتْ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَيْهِ فَهُمَا سَوَاءٌ ، وَإِنْ أَقَامَ الخَارِجَانِ البَيِّنَةَ عَلَى المِلْكِ وَالتَّارِيخِ ، أَوْ عَلَى الشِّرَاءِ مِنْ وَاحِدٍ أَوْ مِنِ اثْنَيْنِ فَأَوَّلُهُمَا أَوْلَى ، وَإِنْ أَرَّخَ أَحَدُهُمَا فَهُوَ لَهُ ،

ويرجع إلى تصديقها ، فمن صدّقته كان زوجها ، لأن النكاح يثبت بتصادق الزوجين (وإن وقتا فهى للأوّل) منهما لأنه ثبت فى وقت لامنازع له فيه فترجحت على الثانية . قال (وإن ادّعيا عينا فى يد ثالث وأقام كل واحد منهما البينة أنها له قضى بها بينهما) لاستوائهما فى السبب (وإن ادّعى كلّ واحد منهما الشراء من صاحب اليد وأقام البينة ، فان شاء كل واحد منهما أخذ نصف العبد) بنصف الثمن لاستوائهما فى السبب (وإن شاء ترك) لوجود العيب بالشركة (فان ترك أحدهما فليس للآخر أخذ جميعه) لأن بيع الكلّ انفسخ بقضاء القاضى بالنصف حتّى لو فعل ذلك قبل القضاء جاز لأنه لم ينفسخ بيعه فى الكلّ (وإن وقتا فهو للأوّل) لما بينا (وإن وقت دأحدهما أو كان معه قبض فهو أولى) أما الوقت فلأنه ثبت ملكه فيه ووقع الشك فى ملك الآخر فيه فلا يثبت بالشكّ ، وأما القبض فلأنهما استويا فى الإثبات فلا تنقض اليد الثانية بالشكّ ، ولأنّ القبض دليل تقدّم شرائه فكان أولى . قال (وإن ادّعى أحدهما شراء ، والآخر هبة وقبضا ، أو صدقة وقبضا ولا تاريخ لهما فالشراء أولى) لأنه يثبت بنفسه ، والهبة والصدقة تفتقر إلى القبض فكان أسرع ثبوتا فكان أولى ، وإن ادّعى أحدهما بيعا والآخر رهنا فالبيع أولى ، لأن البيع يثبت الملك حقيقة فى الحال ، والرهن إنما يثبته عند الهلاك تقديرا ، وكذا الهبة بعوض أولى من الرهن لما بينا (وإن ادّعى الشراء وادّعت أنه تزوّجها عليه فهما سواء) عند أبى يوسف لأنهما عقدا معاوضة يثبت الملك فيها بنفس العقد ، ثم ترجع على الزوج بنصف القيمة . وقال محمد : الشراء أولى ، وعلى الزوج القيمة عملا بالبينتين بتقديم الشراء ، لأن التزويج على ملك الغير جائز ، ثم ترد القيمة عند تعذر التسليم . قال (وإن أقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ ، أوعلى الشراء من واحد أو ن اثنين) غير ذى اليد (فأولهما أولى ، وإن أرّخ أحدهما فهو له) وقد مرّ .

وَإِنْ تَنَازَعا فى دابَّةٍ أَحَدُهُما رَاكِبُها أَوْ لَهُ عَلَيها حِمْلٌ فَهُوَ أَوْلَى (ف) وكَذلِكَ إِنْ كانَ رَاكِبا فى السَّرْجِ وَالآخرُ رَدِيفَهُ أَوْ لابِسَ القَمِيصِ وَالآخرُ مُتَعَلِّقٌ بهِ ، وَبَيِّنَةُ النِّتاجِ وَالنَّسْجِ أَوْلَى من بَيِّنَةِ مُطْلَقِ المِلْكِ ، وَالبَيِّنَةُ بِشاهِدَيْنِ وَثَلاثَةٍ (ف) وأَكْثَرَ سَوَاءٌ .

فصـــل

اخْتَلَفا فى الثَّمَنِ أَوِ المَبِيعِ فأَيُّهُما أَقامَ البَيِّنَةَ فَهُوَ أَوْلَى ، وَإِنْ أَقاما البَيِّنَةَ فالمُثْبِتَةُ للزِّيادَةِ أَوْلَى ،

قال (وإن تنازعا فى دابة أحدهما راكبها أوله عليها حمل فهو أولى) لأنه تصرّف أظهر وأدلّ على الملك (وكذلك إن كان راكبا فى السرج والآخر رديفه ، أو لابس القميص والآخر متعلق به) لما ذكرنا ، ولو كانا راكبين فى السرج فهى بينهما لاستوائهما .
سفينة فيها راكب ، والآخر متمسك بسكانها (١) وآخر يجدف فيها ، وآخر يمدّها ، فهى بينهم إلا المداد لاشىء له . عبد لرجل موسر على عنقه بدرة فيها عشرة آلاف درهم فى دار رجل معسر لا شى له ، فادّعيا البدرة ، قال محمد : هى للموسر بشهادة الظاهر . وعن محمد : قطار إبل على البعير الأوّل راكب ، وعلى الوسط راكب ، وعلى آخرها راكب ، فادّعى كلّ واحد منهم القطار ، فلكلّ واحد البعير الذى هو راكبه لأنه فى يده وتصرّفه ، وما بين الأوّل والأوسط للأوّل لأنه قائد والقيادة تصرّف ، وما بين الأوسط والأخير بين الأوّل والأوسط نصفان لاستوائهما فى التصرّف ، وليس للأخير إلا ما ركبه (وبينة النتاج والنسج) أولى من بينة مطلق الملك ، لأنها تثبت أوّلية الملك فلا تثبت لغيره إلا بالتلقى منه . قال (والبينة بشاهدين وبثلاث وأكثر سواء) لأن الشرع جعل الكلّ سواء فى إثبات الحقّ وإلزام القاضى الحكم عند الانفراد فيستويان عند الاجتماع ، وكذا إذا كانت إحدى البينتين أعدل ، لأن الشرط أصل العدالة وقد استويا فيه ، ولا اعتبار بما زاد لأنه لاضابط له .

فصـــل

(اختلفا فى الثمن أو المبيع فأيهما أقام البينة فهو أولى) لأن كلّ واحد منهما مدّع وقد ترجحت دعواه بالبينة (وإن أقاما البينة فالمثبتة للزيادة أولى) لأن البينات للإثبات ، فهما

---

(١) قال فى مختار الصحاح : السكان : ذنب السفينة .

فانْ لمْ تَكُنْ لَهُما بَيِّنَةٌ يُقالُ لِلْبائِعِ : إمَّا أنْ تُسَلِّمَ ما ادَّعاهُ المُشْتَرِى مِنَ المَبِيعِ وَإلاَّ فَسَخْنا البَيْعَ ؛ وَيُقالُ لِلْمُشْتَرِى : إمَّا أنْ تُسَلِّمَ ما ادَّعاهُ البائِعُ مِنَ الثَّمَنِ وَإلاَّ فَسَخْنا البَيْعَ ، فانْ لَمْ يَتَراضَيا يَتَحالَفانِ وَيُفْسَخُ البَيْعُ وَيُبْدَأُ بِيَمِينِ البائِعِ وَلَوْ كانَ البَيْعُ مُقايَضَةً بَدَأَ بِأَيِّهِما شاءَ ؛ وَمَنْ نَكَلَ عَنِ اليَمِينِ لَزِمَهُ دَعْوَى صاحِبِهِ ،

كانت أكثر إثباتا كانت أقوى فترجح على الأخرى ، وإن كان الاختلاف فى الثمن والبيع جميعا فبينة البائع فى الثمن أولى لأنها أكثر إثباتا ، وبينة المشترى فى المبيع أولى لأنها أكثر إثباتا (فان لم تكن لهما بينة يقال للبائع : إما أن تسلم ما ادّعاه المشترى من المبيع وإلا فسخنا البيع ؛ ويقال للمشترى : إما أن تسلم ما ادّعاه البائع من الثمن وإلا فسخنا البيع) لأنهما قد لايختاران الفسخ ، فاذا علما بذلك تراضيا ، فترتفع المنازعة وهو المقصود (فان لم يتراضيا يتحالفان ويفسخ البيع) ويحلف الحاكم كلّ واحد منهما على دعوى صاحبه . قال عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادّا » فيحلف البائع بالله ما باعه بألف كما يدّعيه المشترى ، ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين كما ادّعاه البائع ، فاذا تحالفا قال لهما القاضى : ما تريدان ؟ فان لم يطلبا الفسخ تركهما حتى يصطلحا على شىء ، وإن طلبا الفسخ أو أحدهما فسخ ، لأنه لما لم يتعين الثمن ولا المبيع صار مجهولا فيفسخ قطعا للمنازعة ، ولا ينفسخ بنفس التحالف حتى يتفاسخا أو يفسخ القاضى . قال (ويبدأ بيمين البائع) فى قول أبى يوسف الأوّل ، وهو رواية عن أبى حنيفة . قال عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع » وأقلّ فائدته تقديم قوله . وقوله الآخر وهو قول محمد، ورواية عن أبى حنيفة يبدأ بيمين المشترى، لأن البائع يطالبه بتسليم الثمن أوّلا وهو ينكر ، وهو لايطالب البائع بتسليم المبيع للحال . قال (ولو كان البيع مقايضة) أو صرفا (بدأ بأيهما شاء) لاستوائهما فى الإنكار ؛ ولو اختلفا فى الثمن والمبيع جميعا يبدأ بيمين من بدأ الدعوى ، لأنهما استويا فى الإنكار فيترجح بالبداية وإن ادّعيا معا يبدأ القاضى بأيهما شاء ، وإن شاء أقرع بينهما ؛ ولو اختلفا فى جنس العقد فقال أحدهما بيع وقال الآخر هبة ، أو فى جنس الثمن فقال أحدهما دراهم ، والآخر دنانير يتحالفان عند محمد وهو المختار ، لأن وصف الثمن وجنسه بمنزلة القدر لأن الثمن دين ، وإنما يعرف بجنسه ووصفه ، ولا وجود له بدونهما ، ولا كذلك الأجل ، فانه ليس بوصف ، لأن الثمن يبقى بعد مضيه وقالا : لايتحالفان ، لأن نصّ التحالف ورد على خلاف القياس فيقتصر على مورده و هو الاختلاف فى المبيع أو الثمن ، وجوابه ما مرّ . قال (ومن نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه) لما تقدّم فى القضاء بالنكول . قال

وَإِن اخْتَلَفَا فِي الأَجَلِ أَوْ شَرْطِ الخِيارِ ، أَو اسْتِيفَاءِ بَعْضِ الثَّمَنِ لَمْ يَتَحالَفَا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ المُنْكِرِ ، وَإِنْ اخْتَلَفَا بَعْدَ هَلاكِ المَبِيعِ لَمْ يَتَحالَفَا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ المُشْتَرِي ؛ وَإِنِ اخْتَلَفَا بَعْدَ هَلاكِ بَعْضِ المَبِيعِ لَمْ يَتَحالَفَا إِلاَّ أَنْ يَرْضَى البائِعُ بِتَرْكِ حِصَّةِ الهالِكِ ،

(وإن اختلفا فى الأجل أو شرط الخيار ، أو استيفاء بعض الثمن لم يتحالفا) لأنه اختلاف فى غير المعقود عليه ، لأن العقد لايختلّ بعدمه ، بخلاف الاختلاف فى القدر لأنه لابقاء للعقد بدونه (والقول قول المنكر) لأنه ينكر الشرط فكان القول قوله . قال (وإن اختلفا بعد هلاك المبيع لم يتحالفا) عند أبى حنيفة وأبى يوسف (والقول قول المشترى) لأنه منكر. وقال محمد : يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك ، وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملك المشترى أو صار بحال يمنع الفسخ بأن ازداد زيادة متصلة أو منفصلة . لمحمد أن كلّ واحد منهما يدّعى عقدا غير مايدّعيه الآخر وصاحبه ينكر فيتحالفان كما إذا كانت قائمة لأن القيمة بمنزلة العين عند عدمها . ولهما أن اليمين حجة المنكر حقيقة بالنصّ والبائع ليس بمنكر لأن المشترى ليس بمدّع ، لأن السلعة سلمت له ملكا ويدا ، وإذا لم يكن البائع منكرا لايمين عليه ، والشرع ورد به حال قيام العين لفائدة الفسخ ، ولا فسخ بعدها لعدم بقاء العقد ، وأيهما أقام البينة قضى بها ، وإن أقاما فبينة البائع ، وإن ماتا أو أحدهما واختلفت الورثة فلا تحالف لأنهما ليسا متبايعين فلا يتناولهما النصّ . قال (وإن اختلفا بعد هلاك بعض المبيع لم يتحالفا إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك) وقال أبويوسف : يتحالفان فى الحىّ وينفسخ البيع فيه ، والقول فى قيمة الهالك قول المشترى . وقال محمد : يتحالفان عليهما وينفسخ البيع فى الحىّ وقيمة الهالك وعلى هذا إذا انتقص أو جنى عليه المشترى أو باع المشترى أحد العبدين . لمحمد أن هلاك السلعة لايمنع التحالف عنده لما مرّ ، فهلاك البعض أولى . ولأبى يوسف أن المبيع إذا كان قائما يتحالفان ، وإن كان هالكا لايتحالفان ، فاذا هلك نصفه وبقى نصفه يعطى كلّ نصف حكمه . ولأبى حنيفة أن النصّ ورد حال قيام السلعة ، بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره ، إلا أنه إذا رضى بترك حصة الهالك يصير الهالك كأن لم يكن وكأن العقد لم يرد إلا على الباقى ؛ ومن المشايخ من قال على قول أبى حنيفة يأخذ من ثمن الهالك ما أقرّ به المشترى دون الزيادة . وذكر محمد فى الجامع قول أبى يوسف مع قوله وهو الصحيح ، فيحلف المشترى بالله ما اشتريتهما بألفين ، فان نكل لزمه ، وإن حلف يحلف البائع ما بعتهما بألف ، فان حلف يفسد العقد فى القائم ويرد المشترى حصة الهالك من الثمن الذى أقرّ به ، ويقسم الثمن على قدر قيمتهما يوم القبض ؛ وإن اختلفا فى قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع لأنه ينكر زيادة السقوط بعد اتفاقهما

وَإِنِ اخْتَلَفَا فى الإجارَةِ قَبْلَ اسْتِيفاءِ شَىْءٍ مِنَ المَنْفَعَةِ فى البَدَلِ أو فى المُبْدَلِ يَتَحالَفانِ وَيَتَرادَّانِ ؛ وَإِنِ اخْتَلَفَا بَعْدَ اسْتِيفاءِ جَمِيعِ المَنْفَعَةِ لَمْ يَتَحالَفا وَالقَوْلُ لِلْمُسْتأْجِرِ ؛ وَإِنِ اخْتَلَفَا بَعْدَ اسْتِيفاءِ بَعْضِ المَنافِعِ يَتَحالَفانِ ، وَيُفْسَخُ العَقْدُ فِيما بَقِىَ، وَالقَوْلُ فِيما مَضَى قَوْلُ المُسْتأْجِرِ ؛ وَإِنِ اخْتَلَفَا بَعْدَ الإقالَةِ تَحالَفا وَعادَ البَيْعُ ؛ وَإِنِ اخْتَلَفَا فى المَهْرِ فأَيُّهُما أقامَ البَيِّنَةَ قُبِلَتْ ، وَإِنْ أقاما فَبَيِّنَةُ المَرْأةِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُما بَيِّنَةٌ

على الثمن ، وأيهما أقام البينة قبلت ، وإن أقاما فبينة البائع لأنها أكثر إثباتا لأنها تثبت الزيادة فى قيمة الهالك . قال (وإن اختلفا فى الإجارة قبل استيفاء شىء من المنفعة فى البدل أو فى المبدل يتحالفان ويترادّان) لأن الإجارة قبل استيفاء المنفعة نظير المبيع قبل القبض؛ فان اختلفا فى الأجرة بدئ بيمين المستأجر لأنه منكر ، وإن اختلفا فى المنفعة بدئ بيمين المؤجر ، وأيهما أقام البينة قبلت ؛ وإن أقاما فبينة المستأجر إن كان الاختلاف فى المنفعة ، وإن كان فى الأجر فبينة الآجر ، وإن كان فيهما قضى بالبينتين ، كما إذا قال أحدهما شهرا بعشرة ، والآخر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشر (وإن اختلفا بعد استيفاء جميع المنفعة لم يتحالفا) بالإجماع (والقول للمستأجر) لأنه منكر ، وهذا على قولهما ظاهر . وأما على قول محمد فهو إنما يفسخ فى الهالك فيردّ القيمة ، والهالك هنا لاقيمة له على تقدير الفسخ ، لأن المنافع لاتتقوّم بنفسها بل بالعقد ، فلوتحالفا وفسخ العقد تبين أنه لاعقد فيرجع على موضوعه بالنقض (وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المنافع يتحالفان ، ويفسخ العقد فيما بقى والقول فيما مضى قول المستأجر) لأن الإجارة عندنا تنعقد شيئا فشيئا ، فما مضى صار كالهالك وما بقى لم ينعقد ، بخلاف البيع فانه ينعقد جملة واحدة . قال (وإن اختلفا بعد الإقالة تحالفا وعاد البيع) ومعناه : اختلفا قبل القبض ؛ أما إذا قبض البائع المبيع بعد الإقالة ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد ، وهذا على قول من من يقول : إن الإقالة بيع لاإشكال إنما الإشكال على أنها فسخ، إلا أنا نقول إنما أثبتنا التحالف فيها قبل القبض ، لأن القياس يوافقه ، لأن البائع يدّعى زيادة الثمن ، والمشترى ينكره ، والمشترى يدّعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره ، فكلّ واحد منهما منكر فيحلف ، فكان التحالف على مقتضى القياس قبل القبض ، فأثبتنا التحالف قبل القبض بالقياس لابالنصّ ، ولا كذلك بعد القبض ، فانه على خلاف القياس ، لأن المبيع يسلم للمشترى ، فلا يدّعى شيئا فلا يكون البائع منكرا . قال (وإن اختلفا فى المهر فأيهما أقام البينة قبلت ، وإن أقاما فبينة المرأة) لأنها أكثر إثباتا (فان لم يكن لهما بينة

تحالَفا فأيهما نَكَلَ قُضِيَ عَلَيْهِ ، وَإذَا تَحالَفا يُحَكَّمُ مَهْرُ المِثْلِ ، فانْ كانَ مِثْلَ ما قالَتْ أوْ أكْثَرَ قُضِيَ بِقَوْلِهَا ، وَإنْ كانَ مِثْلَ ما قالَ أوْ أقلَّ قُضِيَ بِقَوْلِهِ ، وَإنْ كانَ أقلَّ مِمَّا قالَتْ وأكْثَرَ مِمَّا قالَ قُضِيَ بِمَهْرِ المِثْلِ ؛ وَإنِ اخْتَلَفا فى مَتاعِ البَيْتِ فَمَا يَصْلُحُ لِلنِّساءِ فَلِلْمَرْأَةِ ، وَما يَصْلُحُ لِلرِّجالِ فَلِلرَّجُلِ ؛ وَإنْ ماتَ أحَدُهُما وَاخْتَلَفَتْ وَرَثَتُهُ مَعَ الآخَرِ ، فَمَا يَصْلُحُ لَهُما فَلِلْباقِى ،

تحالفا ، فأيهما نكل قضى عليه ؛ وإذا تحالفا) لايفسخ النكاح ، لأن أثر التحالف فى انعدام التسمية ، وذلك لايمنع صحة النكاح بدليل صحته بدون التسمية ، بخلاف البيع على ما عرف ، لكن (يحكم مهر المثل ، فان كان مثل ما قالت أو أكثر قضى بقولها) لأن الظاهر شاهد لها (وإن كان مثل ما قال أو أقلّ قضى بقوله ، وإن كان أقلّ مما قالت وأكثر مما قال قضى بمهر المثل) لأنه لم تثبت الزيادة على مهر المثل نظرا إلى يمينه ، ولا الحطيطة منه نظرا إلى يمينها ، فاذا سقطت التسمية بالتحالف اعتبر مهر المثل كما إذا لم توجد التسمية حقيقة ، ويبدأ بيمين الزوج كما فى المشترى لأنه منكر ، وإن طلقها قبل الدخول بها ثم اختلفا فالقول قوله فى نصف المهر ؛ وذكر فى الجامع الكبير يحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما . وقال أبو يوسف : القول قول الزوج قبل الطلاق وبعده ، إلا أن يأتى بشىء يسير يكذبه الظاهر ، وهو ما لايصحّ مهرا لها ، وقيل ما دون العشرة ، والأوّل أحسن . ولهما أن الظاهر يشهد لمن يشهد له مهر المثل نظرا إلى المعتاد وإلى إنكار الأولياء وتعبيرهم بدون ذلك ، والقول فى الدعوى قول من يشهد له الظاهر فيصار إليه . قال (وإن اختلفا فى متاع البيت فما يصلح للنساء) كالمقنعة (١) والدولاب وأشباهه (فللمرأة) بشهادة الظاهر (وما يصلح للرجال) كالعمامة والقلنسوة ونحوه (فللرجل) وما يصلح لهما كالأوانى والبسط ونحوها فللرجل أيضا ، لأن المرأة والبيت فى يد الرجل ، فكانت اليد شاهدة بالملك ، لأن الملك باليد لا أنه عارضه ما هو أقوى منه وهو ما يختصّ بها (وإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فللباقى) لأن اليد للحىّ لا للميت . وقال محمد : ما يصلح لهما لورثة الزوج بعد موته لقيامهم مقامه ، وسواء اختلفا حالة قيام النكاح أو بعد الفرقة . وقال أبو يوسف : يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها والباقى للزوج مع يمينه ، لأن الظاهر أنها تأتى بالجهاز وهذا أقوى من ظاهر الزوج فيبطله ، وما وراءه لايعارض يد الزوج فيكون له ، والطلاق والموت سواء ، لأن الورثة تقوم مقامه ، وإن كان أحد الزوجين مملوكا فالكلّ للحرّ حالة الحياة ، لأن يده أقوى ، وللحىّ بعد الموت

---

(١) المقنعة بكسر الميم : ما تقنع به المرأة رأسها .

وَإِنْ اخْتَلَفَا فِى قَدْرِ الْكِتَابَةِ لَمْ يَتَحَالَفَا .

فصــل

وَلَوْ بَاعَ جَارِيَةً فَوَلَدَتْ لِأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَادَّعَاهُ فَهُوَ ابْنُهُ وَهِىَ أُمُّ وَلَدِهِ ، وَيُفْسَخُ الْبَيْعُ وَيُرَدُّ الثَّمَنُ (سم) ،

لأنه لامعارض ليده . وقال أبو يوسف ومحمد : المأذون والمكاتب بمنزلة الحرّ لأن لهما يدا فى الخصومات وغيرها . قال (وإن اختلفا فى قدر الكتابة لم يتحالفا) وقالا . يتحالفان وتفسخ الكتابة لأنه عقد معاوضة ، والمولى يدعى بدلا زائدا والمكاتب ينكر ، والمكاتب يدعى استحقاق العبد عند أداء ما يدّعيه من القدر والمولى ينكره فيتحالفان كالبيع . ولأبى حنيفة أن البدل مقابل فى الحال بفكّ الحجر وهو سالم للعبد ، وإنما يصير مقابلا للعتق عند الأداء ، فكان اختلافا فى قدر البدل لاغير فلا يتحالفان ، ويكون القول للمكاتب لأنه منكر للزيادة .

فصل فى دعوى النسب

اعلم أن الدعوى ثلاثة : دعوة استيلاد ، ودعوة تحرير وهى دعوة الملك ودعوة شبهة الملك ؛ فالأولى أن يدعى نسب ولد علق فى ملكه يقينا كما إذا جاءت به لأقلّ من ستة أشهر ، ويصحّ فى الملك وغير الملك كما إذا باعه ، ويستند إلى وقت العلوق احتيالا لثبوت النسب تصحيحا لدعواه ، ويوجب فسخ ما جرى من العقود كبيعه أمّ الولد إن كان الولد محلا للنسب ، ويجعل معترفا بالوطء من وقت العلوق ، وأمومية الولد لاتتبع النسب ، لأن المقصود ثبوت النسب لاأمومية الولد وهو تبع له ، ألا ترى أنها تضاف إليه فيقال أمّ ولده ، وتستفيد العتق من جهته ، قال عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » ولهذا ثبتت له حقيقة الحرية ولها حقّ الحرية . والثانية أن يدعى نسب ولد علق فى غير ملكه فيصح فى الملك خاصة ، ولا يجب فسخ العقد ويعتق إن أمكن وإلا فلا . والثالثة أن يدعى ولد جارية ولده ، فيصحّ بناء على ولايته على ولده من وقت العلوق إلى وقت الدعوة ، شرط صحة هذه الدعوة قيام ولاية تملك الجارية من وقت العلوق إلى وقت الدعوة لأنه يملكها بالاستيلاد مقتضى للوطء السابق ، ثم الأولى أولى لأنها تستند إلى وقت العلوق ، والثانية تقتصر على الحال ، والثانية أولى من الثالثة ، لأن التحرير متى صحّ من الابن بطلت ولاية الأب للتمليك لفوات الشرط .

جئنا إلى مسائل الكتاب . قال (ولو باع جارية فولدت لأقلّ من ستة أشهر فادّعاه فهو ابنه وهى أمّ ولده ، ويفسخ البيع ويرد الثمن) وهذا استحسان ؛ والقياس أن دعواه

وَلا تُقْبَلُ دَعْوَةُ الْمُشْتَرِي مَعَهُ ، فانْ ماتَ الوَلَدُ ثُمَّ ادَّعاهُ لايَثْبُتُ الاسْتِيلادُ فِيها ، فانْ ماتَتِ الأُمُّ ثُمَّ ادَّعاهُ يَثْبُتُ نَسَبُهُ ، وَيرَدُّ كُلُّ الثَّمَنِ ، وَإنْ جاءَتْ بِهِ ما بَيْنَ سِتَّةِ أشْهُرٍ إلى سَنَتَيْنِ ، فانْ صَدَّقَهُ المُشْتَرِي ثَبَتَ النَّسَبُ وَفُسِخَ البَيْعُ وَإلاَّ فَلا ، وَإنْ جاءَتْ بِهِ لأكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ لاتَصِحُّ دَعْوَةُ البائِعِ ، وَلا يُفْسَخُ البَيْعُ ، وَلا يُعْتَقُ الوَلَدُ ، وَلاتَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ ،

باطلة لوجود التناقض ، لأن بيعه دليل عبودية الولد . ووجه الاستحسان أن العلوق حصل فى ملكه يقينا ، والظاهر عدم الزنا فيكون منه ، ومبنى العلوق على الخفاء فلا تناقض فصحت دعواه ، فيستند إلى وقت العلوق ويفسخ البيع لما بينا ويرد الثمن لأنه مقتضى فسخ البيع (ولا تقبل دعوة المشترى معه) لسبقها ، لأنها تستند إلى وقت العلوق ولا كذلك دعوة المشترى . قال (فان مات الولد ثم ادّعاه) يعنى البائع (لايثبت الاستيلاد فيها ، فإن ماتت الأمّ ثم ادّعاه يثبت نسبه) لما تقدّم أن أمومية الولد تبع للنسب . قال (ويرد كل الثمن) وقالا : يردّ حصة الولد خاصة بناء على أن أمّ الولد غير متقوّمة فى العقد والغصب عنده وعندهما متقوّمة فيضمنها ، وكذا لو ادّعاه بعد ما أعتقه المشترى لايصحّ وبعد إعتاقها يصحّ ، لأن الامتناع فى الأمّ لايوجب الامتناع فى الولد كولد المغرور المستولد بالنكاح ، ولا كذلك بالعكس ؛ وإذا صحت الدعوة بعد إعتاقها ثبت النسب وفسخ العقد وردّ الثمن على ما مرّ ، وإنما كان إعتاق الولد مانعا لأن العتق لايحتمل النقض كحقّ استلحاق النسب فاستويا ، ولأن الثابت من المشترى حقيقة الإعتاق ، والثابت للبائع حقّ الدعوة فى الولد وفى الأمّ حقّ الحرية فلا يعارض الحقيقة ، فعلى هذا لو ادّعاه المشترى أوّلا لايصحّ دعوى البائع بعده ، لأن دعوة المشترى دعوة تحرير فصار كما إذا أعتقه ، والتدبير كالعتق لأنه لايحتمل النقض . قال (وإن جاءت به ما بين ستة أشهر إلى سنتين فان صدقه المشترى ثبت النسب وفسخ البيع وإلا فلا) لاحتمال العلوق فى ملكه فلم يوجد اليقين فيتوقف على تصديق المشترى ، فاذا صدقه ثبت النسب ، لأن الحق لهما فيثبت بتصادقهما إذا أمكن ، والولد حرّ والجارية أمّ ولد كما مرّ ؛ وإذا ادّعياه فدعوة المشترى أولى لقيام ملكه واحتمال العلوق فيه . قال (وإن جاءت به لأكثر من سنتين لاتصحّ دعوة البائع) للتيقن بعدم العلوق فى ملكه ؛ لكن إذا صدقه المشترى ثبت النسب ، ويحمل على الاستيلاد بالنكاح لتصادقهما حملا لأمره على الصلاح (ولا يفسخ البيع ولا يعتق الولد ولا تصير أمّ ولد له) ووجهه ظاهر ، وإن لم تعلم مدّة الولادة بعد البيع لاتصحّ دعوة البائع إلا بتصديق المشترى لوقوع الشكّ فى وقت العلوق وتصحّ دعوة ، المشترى لأنه ينكر فسخ البيع ، ولا حجة للبائع ، وإن ادّعياه لاتصحّ واحدة منهما للشكّ ، والمسلم

وَمَنِ ادَّعَى نَسَبَ أَحَدِ التَّوأَمَيْنِ ثَبَتَ نَسَبُهُما مِنْهُ .

والذمى والحربى والمكاتب فى ذلك سواء ؛ وإن ادّعى البائع قبل الولادة فهو موقوف ، فان ولد حيا صحت وإلا فلا ، ولو اشتراها حبلى ثم باعها لاتصحّ دعواه ، وإن اختلفا فالقول للبائع لأنه المتمكن من وطئها ؛ وإن حبلت أمة فى ملك رجل فباعها وتداولتها الأيدى ثم رجعت إلى الأوّل فولدت فى يده وادّعاه ثبت نسبه منه وبطلت البيوع كلها وتراجعوا الأثمان لما بينا ، ولو لم يكن أصل الحمل عنده لم تبطل العقود . قال (ومن ادّعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لأنهما خلقا من ماء واحد لأنه اسم لولدين ولدا ليس بينهما ستة أشهر فاستحال انعلاق الثانى من ماء آخر ، فاذا ثبت نسب أحدهما ثبت نسب الآخر ، ويبطل ما جرى فيه من العقود من بيع وعتق وغير ذلك .

فصل

كلّ قولين متناقضين صدرا من المدعى عند الحاكم إن امكن التوفيق بينهما قبلت الدعوى صيانة لكلامه عن اللغو نظرا إلى عقله ودينه ، وإن تعذر التوفيق بينهما لم تقبل ، كما إذا صدر من الشهود ، وكلّ ما أثر فى قدح الشهادة أثر فى منع استماع الدعوى . قال أبو حنيفة : إذا قال المدّعى ليس لى بينة على دعوى هذا الحقّ ثم أقام البينة عليه لم تقبل لأنه أكذب بينته ، وعن محمد أنها تقبل لأنه يجوز أنه نسيها ؛ ولو قال : ليس لى على فلان شهادة ثم شهد له لم تقبل ، وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه تقبل شهادته لاحتمال النسيان أيضا . وروى ابن رستم عن محمد : إذا قال لاشهادة لفلان عندى فى حقّ بعينه ثم جاء وشهد له قبلت لأنه يقول نسيت ، ولو قال : لاأعلم لى حقا ، أو لا أعلم لى حجة ثم ادّعى حقا أو جاء بحجة قبلت ، ولو قال : ليس لى حقّ لاتقبل ، ولو قال : ليس لى حجة قبلت لاحتمال الخفاء فى البينة دون الحقّ . وروى ابن سماعة عن محمد : لو قال هذه الدار ليست لى ثم أقام البينة أنها له قضى له بها لأنه لم يثبت بذلك حقا لأحد فكان ساقطا ، ألا ترى أن الملاعن إذا ادّعى نسب الولد صحّ لما أنه لم يثبت النسب من غيره باللعان ؟ . وروى هشام عن محمد : لو قال لاحقّ لى بالرىّ فى دار ولا أرض ثم أقام البينة على ذلك فى يد إنسان بالرىّ قبلت ، ولو عين فقال : لاحقّ لى بالرىّ فى رستاق كذا فى يد فلان ، ثم أقام البينة لم تقبل إلا أن تقوم البينة أنه أخذه منه بعد الإقرار ، ولو قال لرجل : ادفع إلى هذه الدار أسكنها ، أو هذا الثوب ألبسه ونحو ذلك فأبى ثم ادّعى السائل ذلك صحّ ، لأنه يقول : إنما طلبتها بطريق الملك لابالعارية . وفى الفتاوى : باع عقارا وابنه أو زوجته حاضر وتصرّف المشترى فيه ثم ادّعى الابن أنه ملكه ولم يكن لأبيه اتفق مشايخنا أنه

كتاب الإقرار

لاتسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض ، وحضوره عند البيع وترك المنازعة إقرار منه أنه ملك البائع ، وجعل سكوته فى هذه الحالة كالإيضاح بالإقرار قطعا للأطماع الفاسدة لأهل العصر فى الإضرار بالناس ، ولو باع ضيعة ثم ادّعى أنها كانت وقفا عليه لاتسمع للتناقض ، لأن الإقدام على البيع إقرار بالملك ، وليس له تحليف المدّعى عليه ، ولو أقام البينة ، قيل تقبل لأن الشهادة على الوقف تقبل من غير دعوى وينقض البيع ، وقيل لاتقبل ههنا لأنها تثبت فساد البيع وحقا لنفسه فلا تسمع للتناقض ، ولو ردّ الجارية بعيب فأنكر البائع البيع فأقام المشترى البينة على الشراء وأقام البائع أنه قد برأ إليه من العيب لم تقبل ، لأن جحوده البيع إنكار للبراءة فيكون مكذبا شهوده ، ولو أنكر النكاح ثم ادّعاه قبلت بينته على ذلك ، وفى البيع لاتقبل ، لأن البيع انفسخ بالإنكار والنكاح لا ، ألا ترى أنه لوادعى تزويجا على ألف فأنكرت فأقامت البينة على ألفين قبلت ، ولا يكون إنكارها تكذيبا للشهود ؟ وفى البيع لاتقبل ويكون تكذيبا للشهود .

كتاب الإقرار

وهو فى الأصل : التسكين والإثبات ، والقرار : السكون والثبات ، يقال : قرّ فلان بالمنزل إذا سكن وثبت ، وقررت عنده كذا : أى أثبته عنده ، وقرار الوادى : مطمئنه الذى يثبت فيه الماء ، ويقال : استمرّ الأمر على كذا : أى ثبت عليه ، وسميت أيام منى أيام القرّ لأنهم يثبتون بها ويسكنون عن سفرهم وحركتهم هذه الأيام ، ومنه الدعاء : أقر الله عينه إذا أعطاه ما يكفيه فسكنت نفسه ولا تطمح إلى شىء آخر . وفى الشرع : اعتراف صادر من المقرّ يظهر به حقّ ثابت فيسكن قلب المقرّ له إلى ذلك ، وهو حجة شرعية ، دلّ على ذلك الكتاب والسنة والإجماع وضرب من المعقول . أما الكتاب فقوله تعالى ـ كونوا قوّامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم ـ والشهادة على النفس إقرار ، فلولا أنّ الإقرار حجة لما أمر به ، وقوله تعالى ـ وليملل الذى عليه الحقّ ـ وأنه إقرار على نفسه . والسنة قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث العسيف (١) « واغد أنت يا أنيس إلى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا والغامدية بالإقرار ، وعليه الإجماع ، ولأنه خبر صدر عن صدق لعدم التهمة ، إذ المال محبوب

(١) قوله حديث العسيف ، لم ينقل الشارح الحديث بتمامه ، لأن إثبات مدّعاه يكفى فيه ما ذكره ، وإلا فلفظ الحديث كما رواه صاحب سبل السلام بسنده هكذا : =

وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى المُقِرِّ إِذَا كَانَ عَاقِلا بالِغا إِذَا أَقَرَّ لِمَعْلُومٍ ، وَسَوَاءٌ أَقَرَّ بِمَعْلُومٍ أَوْ مَجْهُولٍ وِيُبَيِّنُ المَجْهُولَ ،

طبعا فلا يكذب فى الإقرار به لغيره وهو حجة مظهرة للحق ملزِمة للحال ، حتى لو أقرّ بدين أو عين على أنه بالخيار ثلاثة أيام لزم المال وبطل الخيار وإن صدّقه المقرّ له فى الخيار لأن الخيار للفسخ ، وهو لايحتمل الفسخ لأنه إخبار والفسخ يرد على العقود ، ولأن حكمه ظهور الحقّ وهو لايحتمل الفسخ ، وشرطه كون المقرّ به مما يجب تسليمه إلى المقرّ له حتى لو أقرّ بكفّ تراب أو حبة حنطة لايصحّ ، وحكمه ظهور المقرّ به ، لأنه إخبار عن كائن سابق حتى لو أقرّ لغيره بمال والمقرّ له يعلم كذبه لايحلّ له أخذه على كره منه إلا أن يعطيه بطيبة نفس منه ، فحينئذ يكون تمليكا مبتدأ كالهبة . قال (وهو حجة على المقرّ إذا كان عاقلا بالغا) ويصحّ إقرار العبد فى بعض الأشياء على ما مرّ فى الحجر . قال (إذا أقرّ لمعلوم) لأن فائدة الإقرار ثبوت الملك للمقرّ له ، ولا يمكن إثباته لمجهول . قال (وسواء أقرّ بمعلوم أو مجهول ويبين المجهول) أما المعلوم فظاهر ، وأما المجهول فلأنه قد يكون عليه حقّ ولايدرى كميته كغرامة متلف لايدرى كم قيمته أو أرش جراحة أو باقى دين أو معاملة أو كان يعلمه ثم أنسى ، والجهالة لاتمنع صحة الإقرار لأنه إخبار عن ثبوت الحقّ والبيان عليه ، كما إذا أعتق أحد عبديه فيبينه ، إما بنفسه أو بالجبر من القاضى إيصالا للحقّ إلى المستحقّ ، ، بخلاف جهالة المقرّ له على ما بينا ، وبخلاف الشهود لأنه لاحاجة بهم إلى أداء الشهادة والمقرّ له حاجة لخلاص ذمته ، ولأن الشهادة تبتنى على الدعوى ، والدعوى بالمجهول لاتقبل ، ولأنها لاتوجب الحقّ إلا بانضمام القضاء إليها ، والقضاء بالمجهول غير ممكن والإقرار موجب بنفسه ، ولهذا لايعمل الرجوع فيه ويعمل فى الشهادة قبل القضاء بها

وعن أبى هريرة رضى الله عنه وزيد بن خالد الجهنى « أن رجلا من الأعراب أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله أنشدك الله إلا قضيت لى بكتاب الله تعالى ، فقال الآخر وهو أفقه منه : نعم فاقض بيننا بكتاب الله وئذن لى ، فقال قل ، قال : إن ابنى كان عسيفا على هذا ، فزنى بامرأته ، وإنى أخبرت أن على ابنى الرجم ، فافتديت منه بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم فأخبرونى أن ما على ابنى جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والذى نفسى بيده لأقضينّ بينكما بكتاب الله ، الوليدة والغنم ردّ عليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فان اعترفت فارجمها » اه الحديث . العسيف : الأجير .

فانْ قالَ لَهُ علَيَّ شَيْءٌ أوْ حقٌ لَزِمَهُ أنْ يُبَيِّنَ مالَهُ قيمةٌ ، فانْ كَذَّبَهُ المُقَرُّ لَهُ فيما بَيَّنَ فالْقَوْلُ لِلْمُقِرِّ معَ يَمِينِه ، وإنْ أقرَّ بِمَالٍ لَمْ يُصَدَّقْ فى أقلَّ منْ دِرْهَمٍ ، وإنْ قالَ : مالٌ عَظِيمٌ فَهُوَ نِصَابٌ مِنَ الجِنْسِ الَّذِى ذَكَرَ ، وَقِيمَةُ النِّصَابِ فى غَيْرِ مالِ الزَّكاةِ ، وإنْ قالَ : أمْوَالٌ عِظامٌ فثَلاثَةُ نُصُبٍ ، وإنْ قالَ : دَرَاهِمُ فثَلاثَةٌ ، وإنْ قالَ : كَثِيرَةٌ فعَشَرَةٌ ، ولَوْ قالَ : كَذَا دِرْهَمًا فَدِرْهَمٌ ، وكَذَا كَذَا أحَدَ عَشَرَ ، ولَوْ ثَلَّثَ فكَذَلِكَ ،

قال (فإن قال له علىّ شىء أو حقّ لزمه أن يبين ماله قيمة) لأنه أقرّ بالوجوب فى ذمته لأنها محل الوجوب ، وما لاقيمة له لايجب فيها (فان كذّبه المقرّ له فيما بين فالقول للمقرّ مع يمينه) لأنه منكر للزيادة . قال (وإن أقرّ بمال لم يصدّق فى أقلّ من درهم) لأن مادون ذلك لايعدّ مالا عرفا (وإن قال مال عظيم فهو نصاب من الجنس الذى ذكر) معناه إن ذكر الدراهم فمائتا درهم ، ومن الذهب عشرون مثقالا ، ومن الغنم أربعون شاة ، ومن البقر ثلاثون بقرة ، ومن الإبل خمس وعشرون لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه ، وفى الحنطة خمسة أوسق ، لأنه هو المقدّر بالنصاب عندهما ، وعن أبى حنيفة أنه يرجع إلى بيان المقرّ (وقيمة النصاب فى غير مال الزكاة) لأن النصاب عظيم ، لأن مالكه غنىّ والغنىّ معظم عند الناس . وعن أبى حنيفة أنه مقدّر بعشرة دراهم لأنها عظيمة حتى يستباح بها الفرج وقطع اليد والأوّل أصحّ (وإن قال أموال عظام فثلاثة نصب) من النوع الذى سماه لأنه جمع عظيم وأقله ثلاثة (وإن قال دراهم فثلاثة) لأنها أقلّ الجمع فهى متيقنة (وإن قال كثيرة فعشرة) وقالا : مائتان لأن الكثير مايصير به مكثرا وذلك بالنصاب . ولأبى حنيفة أن العشرة أقصى ما يتناوله اسم الجمع بهذا اللفظ فيكون هو الأكثر فينصرف إليه ، وفى الدنانير عندهما نصاب عشرون مثقالا ، وعنده عشرة أيضا لما مرّ ، وكل ما ذكرنا من التقديرات لو زاد فيها قبل لأنه أعرف بما أجمل ، ويلزمه من الدراهم المعتادة بالوزن المعتاد فى البلد ، وإن كان فى البلد أوزان مختلفة أو نقود وجب أقلها للتيقن ، ولو قال على ثياب كثيرة أو وصائف (١) كثيرة يلزمه عنده عشرة وعندهما ما يبلغ قيمته مائتى درهم لما مرّ (ولو قال كذا درهما فدرهم) لأنه فسر ما أبهم ، وقيل يلزمه عشرون وهو القياس لأن كذا يذكر للعدد عرفا ، وأقلّ عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون (وكذا كذا أحد عشر) درهما لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف ، وأقلّ ذلك فى المفسر أحد عشر درهما (ولو ثلث) بغير واو (فكذلك) لأنه لانظير له سواه

---

(١) قوله وصائف : أى جوار اه .

وَلَوْ قالَ : كَذَا وكَذَا فأحَدُ وَعشْرُونَ ، وَلَوْ ثَلَّثَ بالْوَاوِ تُزَادُ مائَةٌ ، وَلَوْ رَبَّعَ تُزَادُ أَلْفٌ ، وكَذَلكَ كُلُّ مَكيلٍ وَمَوْزُونٍ ، وَلَوْ قالَ : مائَةٌ وَدِرْهَمٌ فالْكُلُّ دَرَاهمُ ، وكَذَا كُلُّ مايُكالُ ويُوزَنُ ، وَلَوْ قالَ : مائَةٌ وثَوْبٌ يلْزَمُهُ ثَوْبٌ وَاحدٌ ، وتَفْسيرُ المائَة إلَيْه ، وكَذَلكَ لَوْ قالَ مائَةٌ وثَوْبانِ ، وَلَوْ قالَ مائَةٌ وثَلاثَةُ أثْوَابٍ فالْكُلُّ ثيابٌ (ف) ، وَإنْ قالَ لَهُ عَلَىَّ أوْ قِبَلِى فَهُوَ دَيْنٌ وَعنْدى وَمَعى وفى بَيْتى أمانَةٌ ، وَلَوْ قالَ لَهُ آخَرُ : لى عَلَيْكَ أَلْفٌ فَقالَ : اتَّزِنْها أوِ انْتَقِدْها أوْ أجِّلْنى بهَا أوْ قَضَيْتُكَها أوْ أجَّلْتُكَ بهَا فَهُوَ إقْرَارٌ ،

(ولو قال كذا وكذا فأحد وعشرون) لأنه نظيره من المفسر (ولو ثلث بالواو تزاد مائة ، ولو ربع تزاد ألف) اعتبارا بالنظير من المفسر (وكذلك كلّ مكيل وموزون) وهذا كله إذا ذكر الدرهم بالنصب ، وإن ذكره بالخفض بأن قال : كذا درهم عن محمد مائة درهم ، لأن أقلّ عدد يذكر الدرهم عقيبه بالخفض مائة ، فان قال : كذا كذا درهم يلزمه مائتا درهم ولو قال : كذا كذا دينارا أو درهما فعليه أحد عشر منهما بالسوية عملا بالشركة ، ولو قال : عشرة ونيف فالبيان فى النيف إليه ، ويقبل تفسيره فى أقلّ من درهم لأنه عبارة عن مطلق الزيادة ، يقال : نيف على الشيئين إذا زاد عليهما ؛ ولو قال : علىّ بضعة وعشرون فالبضع ثلاثة فصاعدا (ولو قال : مائة ودرهم فالكلّ دراهم ، وكذا كلّ ما يكال ويوزن ، ولو قال : مائة وثوب يلزمه ثوب واحد وتفسير المائة إليه) وهو القياس فى الدرهم ، لأن المائة مبهمة ، والدرهم لايصلح تفسيرا لأنه معطوف عليها والتفسير لايذكر بحرف العطف . وجه الاستحسان وهو الفرق أنهم استثقلوا عند كثرة الاستعمال والوجوب التكرار فى كلّ عدد ، واكتفوا به مرّة واحدة عقيب العددين ، وذلك فى الدراهم والدنانير والمكيل والموزون . أما الثياب وما لايكال ولا يوزن ، فهى على الأصل لأنه لايكثر وجوبها (وكذلك لو قال : مائة وثوبان) لما بينا (ولو قال : مائة وثلاثة أثواب فالكلّ ثياب) لأنه ذكر عقيب العددين ما يصلح تفسيرا لهما وهو الثياب لأنه ذكرها بغير عاطف ، فانصرف إليهما لاستوائهما فى الحاجة إلى التفسير ، وكذلك الإقرار بالغصب فى جميع ما ذكرنا من الصور . قال (وإن قال له علىّ أو قبلى فهو دين) لأنه مستعمل للإيجاب عرفا ، والذمة محلّ الإيجاب فيكون دينا ، إلا أن يبين موصولا أنها وديعة لأنه يحتمل مجازا فلا يصدق إلا بالبيان موصولا (و) لو قال (عندى ومعى وفى بيتى) فهو (أمانة) لأنه يستعمل فى الأمانات لأنه إقرار بكونه فى يده ، والأمانة أدنى من الضمان فيثبت ، وكذا فى كيسى أو صندوقى وأشباهه (ولو قال له آخر : لى عليك ألف ، فقال : اتزنها أو انتقدها أو أجلنى بها أو قضيتكها أو أجلتك بها فهو إقرار) ولو تصادقا على

وَلَوْ لَمْ يَذْكُرْ هاءَ الكِنايَةِ لايَكُونُ إقْرَارا . وَمَنْ أقَرَّ بِدَيْنٍ مُؤَجَّلٍ وَادَّعى المُقَرُّ لَهُ أنَّهُ حالٌ اسْتُحْلِفَ (ف) عَلى الأجَلِ ، وَمَنْ أقَرَّ بِخاتَمٍ لَزِمَهُ الحَلْقَةُ وَالفَصُّ ، وَبِسَيْفٍ النَّصْلُ وَالجَفْنُ وَالحَمائِلُ ، وَمَنْ أقَرَّ بِثَوْبٍ فى مِنْدِيلٍ لَزِماهُ ، وَمَنْ أقَرَّ بِخَمْسَةٍ فى خَمْسَةٍ لَزِمَهُ خَمْسَةٌ وَإنْ أرادَ الضَّرْبَ ، وَلَوْ قالَ لَهُ عَلَيَّ مِنْ دِرْهَمٍ إلى عَشَرَةٍ ، أوْ ما بَيْنَ دِرْهَمٍ إلى عَشَرَةٍ لَزِمَهُ تِسْعَةٌ (سم ف) ،

أنه قاله على وجه السخرية لايلزمه ، وكذلك إذا قال نعم أو خذها أو لم تحلّ بعد أو غدا ، أو وكل من يقبضها ، أو أجل بها غريمك ، أو ليست ميسرة اليوم ، أوما أكثر ما تتقاضانيها فيها ، أو غممتنى بها ، أو حتى يقدم غلامى أو أبرأتنى منها (ولو لم يذكر هاء الكناية لايكون إقرارا) والأصل أن الجواب ينتظم إعادة الخطاب ليفيد الكلام ، فكلّ ما يصلح جوابا ولا يصلح ابتداء يجعل جوابا ، وما يصلح للابتداء لاللبناء أو يصلح لهما فانه يجعل ابتداء لوقوع الشكّ فى كونه جوابا ، ولا يجعل جوابا لئلا يلزمه المال بالشك ، فان ذكر هاء الكناية يصلح جوابا لاابتداء ، فيكون منتظما للسؤال فيصير كأنه قال : اتزن الألف التى ادّعيتها أو قضيتك الألف التى لك وطلب التأجيل لايكون إلا لواجب ، وكذلك القضاء ، وإذا لم يذكر هاء الكناية لايصلح جوابا ، أو يصلح جوابا وابتداء فلا يجعل جوابا فلا يكون إقرارا . قال (ومن أقرّ بدين موجل وادّعى المقرّ له أنه حالّ استحلف على الأجل) لأنه أقرّ بالمال ثم ادّعى حقا وهو التأجيل ، والمقرّ له ينكر فيحلف لأن اليمين على المنكر . قال (ومن أقرّ بخاتم لزمه الحلقة والفصّ) لأن الاسم يتناولهما عرفا (و) إن أقرّ (بسيف) لزمه (النصل والجفن والحمائل) لما قلنا . قال (ومن أقرّ بثوب فى منديل) أو فى ثوب (لزماه) معناه أقرّ بالغصب ، لأن الثوب يلفّ فى منديل وفى ثوب آخر ، فكان ذلك ظرفا له ؛ ولو قال : ثوبى فى عشرة أثواب لزمه أحد عشر ثوبا عند محمد ، لأن النفيس من الثياب يلفّ فى عشرة وأكثر ، وإذا جاز ذلك يحمل على الظرف . وقال أبو يوسف : لايلزمه إلا ثوب واحد لأنه غير معتاد وإن كان نادرا ، والأصل براءة الذمة فلا يجب ، ويحمل على معنى بين كقوله تعالى - فادخلى فى عبادى - قال (ومن أقرّ بخمسة فى خمسة لزمه خمسة ، وإن أراد الضرب) لأن الضرب لايكثر المال المضروب وإنما يكثر الأجزاء ، وتكثير أجزاء الدرهم توجب تعدّده . وعند زفر يجب خمسة وعشرون لعرف الحساب (ولو قال له : علىّ من درهم إلى عشرة ، أو ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة) وقالا : يلزمه عشرة . وقال زفر : ثمانية يسقط الغايتان ويبقى ما بينهما وهو القياس ، كقوله له : من هذا الحائط إلى هذا الحائط ليس له شيء من الحائطين . ولهما وهو الاستحسان أن مثل

وَيجُوزُ الإقْرَارُ بالحَمْلِ ، وَلَهُ إذَا بَيَّنَ سَبَبًا صَالِحًا (ف) لِلْمِلْكِ .

فصل

إذَا اسْتَثْنَى بَعْضَ مَا أقرَّ بِهِ مُتَّصِلا صَحَّ وَلَزِمَهُ البَاقِي ،

هذا الكلام يراد به الكل كما يقول لغيره : خذ من دراهمي من درهم إلى عشرة ، فله أن يأخذ عشرة وتدخل الغايتان ، ولأبي حنيفة أن هذا الكلام يذكر لإرادة الأقلّ من الأكثر والأكثر من الأقلّ . قال عليه الصلاة والسلام « أعمار أمتى ما بين الستين إلى السبعين » والمراد فوق الستين ودون السبعين ، وكذلك في العرف تقول : عمرى من ستين إلى سبعين ، ويريدون به أكثر من ستين وأقلّ من سبعين ، والجميع إنما يراد فيما طريقه التكرّم والسماحة إظهارا لهما كما ذكراه من النظير ، ولأنه لابدّ من دخول الغاية الأولى ليبتنى الحكم عليها ، لأنه لولا ثبوتها يصير ما بعدها غاية في الابتداء فتنتفي أيضا ، فاحتجنا إلى ثبوت الغاية ابتداء ولا حاجة إلى الأخيرة ، بخلاف نظير زفر ، لأنا الحائط غاية موجودة قبل الإقرار فلا حاجة إلى غيره . قال (ويجوز الإقرار بالحمل ، وله إذا بين سببا صالحا للملك) أما الإقرار به فلأنه يجوز أنه أوصى به لآخر ، والإقرار مظهر له فيحمل عليه تصحيحا لإقراره . وأما له ، أما إذا ذكر سببا صالحا كالإرث والوصية صحّ الإقرار لصلاحية السبب ، وإن ذكر سببا غير صالح كالبيع منه والقرض والإجارة ونحوها لايصحّ للاستحالة ، وإن سكت قال محمد : يصحّ ويحمل على الأسباب الصالحة تصحيحا لإقراره . وقال أبو يوسف لايصحّ لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى الواجب بالمعاملات عادة فلا يصحّ ، والأصل براءة الذمم . وإذا صحّ الإقرار ، فان ولد في مدّة يعلم وجوده وقت الإقرار لزم ، ولو جاءت بولدين فهو بينهما وإن ولد ميتا فالمال لمورثه ومن أوصى له ويكون بين ورثتهما ، لأن المال إنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ، ولم ينتقل لعدم الأهلية فبقى على ملك المورث والموصى فيورث عنهما .

فصل

(إذا استثنى بعض ما أقرّ به متصلا صحّ ولزمه الباقي) والأصل أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا والاستثناء صحيح ، ويجوز استثناء الأكثر كما يجوز استثناء الأقلّ ، وبكله ورد النصّ . قال تعالى ـ فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما ـ . المعنى : لبث فيهم تسعمائة وخمسين سنة ، فهذا استثناء الأقلّ من الأكثر . وقال تعالى ـ إن عبادى ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين ـ وهذا استثناء الأكثر ، لأن الذين اتبعوه أكثر العباد

وَاسْتِثْنَاءُ الكُلِّ بَاطِلٌ، وَإِنْ قَالَ مُتَّصِلا بِإِقْرَارِهِ إِنْ شَاءَ اللهُ بَطَلَ إِقْرَارُهُ، وَكَذَلِكَ إِنْ عَلَّقَهُ بِمَشِيئَةِ مَنْ لاتُعْرَفُ مَشِيئَتُهُ كَالجِنِّ وَالمَلائِكَةِ، وَمَنْ أَقَرَّ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ إِلاَّ دِينَارًا، أَوْ إِلاَّ قَفِيزَ حِنْطَةٍ لَزِمَهُ المِائَةُ إِلاَّ قِيمَةَ الدِّينَارِ (م ز) أَوِ القَفِيزِ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ (م) أَوْ يُعَدُّ (ز)، وَلَوِ اسْتَثْنَى ثَوْبا أَوْ شَاةً أَوْ دَارًا لايَصِحُّ،

ولا بدّ من الاتصال، قال عليه الصلاة والسلام «من حلف وقال إن شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه» شرط الاتصال فى المشيئة وأنها استثناء، ولأن الأصل لزوم الإقرار لما بينا، إلا أن القدر المستثنى يبطل بالاتصال، لأن الكلام لايتمّ إلا بآخره، فاذا انقطع الكلام فقد تمّ، ولايعتبر الاستثناء بعده، ويصحّ استثناء البعض قلّ أو كثر، كقوله: له علىّ ألف درهم إلا درهما، فيلزمه تسعمائة وتسعة وتسعون؛ ولو قال: إلا تسعمائة وخمسين يلزمه خمسون، وعلى هذا (واستثناء الكلّ باطل) لأنه رجوع لما بينا أنه تكلم بالباقى بعد الثنيا ولا باقى فلا يكون استثناء، والرجوع عن الإقرار لايصحّ، ولو قال: لفلان علىّ ألف درهم يافلان إلا عشرة صحّ الاستثناء، لأن النداء لتنبيه المخاطب وأنه محتاج إليه لتأكيد ذلك فلا يكون فاصلا، ولو قال: له علىّ ألف درهم فاشهدوا علىّ بذلك إلا عشرة دراهم لايصحّ الاستثناء، لأن الإشهاد يكون بعد تمام الإقرار فكان الإشهاد بعد التمام. قال (وإن قال متصلا باقراره إن شاء الله بطل إقراره) لما روينا (وكذلك إن علقه بمشيئة من لاتعرف مشيئته كالجنّ والملائكة) لأن الأصل براءة الذمم فلا يثبت بالشكّ، وإن قال: إن شاء فلان فشاء لايلزمه شىء، لأن مشيئة فلان لاتوجب الملك، وكذلك إن جاء المطر أو هبت الريح أو كان كذا لما بينا. قال (ومن أقرّ بمائة درهم إلا دينارا، أو إلا قفيز حنطة لزمه المائة إلا قيمة الدينار أو القفيز، وكذلك كلّ ما يكال أو يوزن أو يعدّ، ولو استثنى ثوبا أو شاة أو دارا لايصحّ) وقال محمد: لايصحّ فى الكلّ، لأن المستثنى غير داخل فى الإيجاب، والاستثناء ما لولاه لدخل تحت المستثنى منه فلا يكون استثناء. ولهما أن ما يجب فى الذمة كله كجنس واحد نظرا إلى المقصود وهو الثمنية التى يتوسل بها إلى الأعيان؛ أما الثوب وأخواته ليس بثمن أصلا حتى لايجب فى الذمة عند الإطلاق، وإنما يجب الثوب نصا لاقياسا، فما يكون ثمنا يصلح مقدرا للدرهم فيصير بقدره مستثنى، وما لا فلا، فيبقى المستثنى مجهولا فلا يصحّ، ولو قال: له علىّ ألف إلا شيئا لزمه نصف الألف وزيادة، والقول قوله فى الزيادة، لأن الجهالة فى المقرّ به غير مانعة، ففى المستثنى أولى، إلا أن قوله شىء يعبر به عن القليل عرفا فيكون أقلّ من الباقى؛ ولو قال: له علىّ مائة درهم إلا قليلا، قال أبو حنيفة: عليه أحد وخمسون؛

وَلَوْ قالَ : غَصَبْتُهُ مِنْ زَيْدٍ لابَلْ مِنْ عَمْرٍو فَهُوَ لِزَيْدٍ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ لِعَمْرٍو (ف) ، وَمَنْ أَقَرَّ بِشَيْئَيْنِ فاسْتَثْنَى أَحَدَهُما أَوْ أَحَدَهُما وَبَعْضَ الآخَرِ فالاسْتِثْناءُ باطِلٌ (سم) وَإِنِ اسْتَثْنَى بَعْضَ أَحَدِهِما أَوْبَعْضَ كُلِّ واحِدٍ مِنْهُما صَحَّ ، وَيُصْرَفُ إلى جِنْسِهِ ،

ولو قال : عشرة إلا بعضها فعليه أكثر من النصف ، ولو قال : له علىّ ألف درهم إلا عشرة دنانير إلا قيراطا ، لزمه ألف درهم إلا عشرة دنانير إلا قيراطا ، لأن استثناء العشرة دنانير صحيح ، واستثناء القيراط من العشرة صحيح أيضا ؛ لأن الاستثناء من الاستثناء صحيح ويلحق بالمستثنى منه ، قال الله تعالى ـ إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين إلا امرأته ـ استثنى آل لوط من الهالكين ، ثم استثنى امرأته من الناجين ، فكانت من الهالكين . قال (ولوقال : غصبته من زيد لابل من عمرو فهو لزيد وعليه قيمته لعمرو) لأن قوله من زيد إقرار له ، ثم قوله لارجوع عنه فلايقبل ، وقوله بل من عمرو إقرار منه لعمرو ، وقد استهلكه بالإقرار لزيد فيجب قيمته لعمرو ؛ ولو قال : له علىّ ألف لا بل ألفان يلزمه ألفان استحسانا ، وفى القياس يلزمه ثلاثة آلاف وهو قول زفر ، ولو قال : غصبته عبدا أسود لابل أبيض لزمه عبد أبيض ، ولو قال غصبته ثوبا هرويا لابل مرويا لزماه ، وكذا : له علىّ كرّ حنطة لابل كرّ شعير لزماه ؛ ولو قال : لفلان علىّ ألف درهم لابل لفلان لزمه المالان ؛ ولوقال : له علىّ ألف لابل خمسمائة لزمه الألف ، والأصل فى ذلك أن « لا بل » متى تخللت بين المالين من جنسين لزماه ، وكذلك من جنس واحد إذا كان المقرّ له اثنين ، وإذا كان واحدا والجنس واحد لزم أكثر المالين ، لأن لابل لاستدراك الغلط ، والغلط إنما يقع غالبا فى جنس واحد ، إلا أنه إذا كان لرجلين كان رجوعا عن الأوّل فلا يقبل ، ويثبت للثانى باقراره الثانى ، وإذا كان الإقرار الثانى أكثر صحّ الاستدراك ويصدّقه المقرّ له ، وإن كان أقلّ كان متهما فى الاستدراك والمقرّ له لايصدقه فيلزمه الأكثر ؛ وجه قول زفر أنه أقرّ بألف فيلزمه ، وقوله لارجوع فلا يصدق فيه ، ثم أقرّ بألفين فصحّ الإقرار وصار كقوله : أنت طالق واحدة لابل ثنتين ، وجوابه أن الإقرار إخبار يجرى فيه الغلط فيجرى فيه الاستدراك ، فيلزمه الأكثر والطلاق إنشاء ، ولا يملك إبطال ما أنشأ فافترقا . قال (ومن أقرّ بشيئين فاستثنى أحدهما أو أحدهما وبعض الآخر فالاستثناء باطل ، وإن استثنى بعض أحدهما أو بعض كلّ واحد منهما صحّ ويصرف إلى جنسه) وصورته إذا قال : له علىّ كرّ حنطة وكرّ شعير إلا كرّ حنطة ، أو قال : إلا كرّ حنطة وقفيز شعير فهذا باطل ، وقالا : يصحّ استثناء القفيز ، وهو نظير اختلافهم فى قوله : أنت حرّ وحرّ إن شاء الله ، وأنت طالق ثلاثا وثلاثا إن شاء الله ، فانه يبطل الاستثناء عنده ، ويقع

وَاسْتِثْنَاءُ الْبِنَاءِ مِنَ الدَّارِ بَاطِلٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : بِنَاؤُهَا لِى وَالْعَرْصَةُ لِفُلَانٍ فَكَمَا قَالَ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهُ : عَلَىَّ أَلْفٌ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ لَمْ أَقْبِضْهُ وَلَمْ يُعَيِّنْهُ لَزِمَهُ الْأَلْفُ (سم) وَإِنْ عَيَّنَ،

الطلاق والعتاق ، وعندهما الاستثناء صحيح لأنه كلام متصل ، لأن قوله : إلا كرّ حنطة استثناء صحيح لفظا إلا أنه غير مفيد ، وإذا كان كلاما متصلا كان استثناء القفيز متصلا فيصحّ . ولأبى حنيفة أن استثناء الكرّ باطل بالإجماع فكان لغوا وكان قاطعا للكلام الأوّل فيكون الاستثناء منقطعا وهكذا قوله وثلاثة وحرّ لغو لاحاجة إليه ؛ ولو قال : إلا قفيز حنطة ، أو إلا قفيز شعير صحّ الاستثناء لعدم تخلل القاطع ؛ وكذا لو قال : إلا قفيز حنطة وقفيز شعير ، لأن قوله إلا قفيز حنطة استثناء صحيح مفيد فلا يكون قاطعا ، فيصحّ العطف عليه فيلزمه كرّ حنطة وكرّ شعير إلا قفيز حنطة وقفيز شعير . قال (واستثناء البناء من الدار باطل) مثل أن يقول : هذه الدار لفلان إلا بناءها ، أو قال : وبناؤها لى ، لأن البناء داخل فى هذا الإقرار معنى ، لأن البناء تبع للأرض والاستثناء تصرّف فى الملفوظ ، وعلى هذا النخل والشجر مع البستان والظهارة والبطانة من الجبة والفصّ من الخاتم ، لأن الاسم يتناول الكلّ ، ولا قوام لهذه الأشياء بدون ما استثناه فيكون باطلا ؛ ولو قال إلاثلثها أو إلا بيتا منها صحّ لأنه داخل فيه لفظا (ولو قال : بناؤها لى والعرصة لفلان ، فكما قال) لأن العرصة اسم للبقعة دون البناء ، ولو أقرّ له بحائط لزمه بأرضه ، لأن الحائط اسم للمبنى ولا يتصوّر بدون الأرض ، وكذلك إذا أقرله بأسطوانة من آجرّ ، وإن كانت من خشب لايلزمه الأرض ، لأن الخشبة تسمى أسطوانة قبل البناء ، فان أمكنه رفعها بغير ضرر رفعها وإلا ضمن قيمتها للمقرّ له كما فى غصب الساجة ؛ ولو أقرّ بثمرة نخلة لاتدخل النخلة ، ولو أقرّ بنخلة أو شجرة يلزمه موضعها من الأرض ، لأنه لايسمى شجرة ونخلا إلا وهو ثابت وكذلك الكرم ، ولا يلزم الطريق لأنه ليس من ضرورات الملك . قال (ولو قال : له علىّ ألف من ثمن عبد لم أقبضه ولم يعينه لزمه الألف) وصل أم فصل ، ولا يصدّق فى قوله : ما قبضته ، لأن علىّ للإلزام ، وقوله : لم أقبضه ينافى ذلك ، لأنه لايجب إلا بعد القبض وهو غير عين ، فأىّ عبد أحضره يقول : المبيع غيره ، فعلم أن قوله لم أقبضه جحودا بعد الإقرار فلا يقبل . وقال أبو يوسف ومحمد إن صدّقه فى أنه ثمن صدق وصل أم فصل ، وإن كذّبه وقال : لى عليك ألف من قرض أوغصب أو غير ذلك إن وصل صدق وإلا فلا ، ووجهه أنهما إذا تصادقا على الجهة فقد تصادقا على أن المقرّ به ثمن فلا يلزمه قبل القبض والمقرّينكر القبض فالقول قوله وصل أم فصل ، ومتى كذّبه كان تغييرا لإقراره ، فان وصل صدق وإلا فلا . قال (وإن عين

الْعَبْدِ ، فَانْ سَلَّمَهُ إِلَيْهِ لَزِمَتْهُ الأَلْفُ وَإِلاَّ فَلا ، وَإِنْ قالَ مِنْ ثَمَنِ خِنْزِيرٍ أَوْ خَمْرٍ لَزِمَتْهُ ؛ وَلَوْ قالَ مِنْ ثَمَنِ مَتاعٍ أَوْ أَقْرَضَنِى ثُمَّ قالَ : هِىَ زُيُوفٌ أَوْ نَبَهْرَجَةٌ ، وَقالَ المُقَرُّ لَهُ : جِيادٌ فَهِيَ جِيادٌ ؛ وَلَوْ قالَ : غَصَبْتُها مِنْهُ أَوْ أَوْدَعَنِيها صُدِّقَ فى الزُّيُوفِ وَالنَّبَهْرَجَةِ ، وَفِي الرَّصاصِ وَالسَّتُوقَةِ إِنْ وَصَلَ صُدِّقَ وَإِلاَّ فَلا .

فصـــل

وَدُيُونُ الصِّحَّةِ وَما لَزِمَهُ فى مَرَضِهِ بِسَبَبٍ مَعْرُوفٍ مُقَدَّمٍ عَلى ما أَقَرَّ بِهِ فى مَرَضِهِ ،

العبد ، فان سلمه إليه لزمته الألف وإلا فلا) وهذا إذا صدّقه لأنهما إذا تصادقا على ذلك صار كابتداء البيع وإن قال له : العبد فى يدك وما بعتك غيره لزمه المال ، لأنه إقرار به عند سلامة العبد وقد سلم ؛ ولو قال : العبد عبدى ما بعتكه لايلزمه شىء ، لأنه إنما أقرّ بالمال عوضا عن هذا العبد فلا يلزمه دونه ؛ ولو قال : إنما بعتك غيره يتحالفان على مامرّ . قال (وإن قال من ثمن خمر أو خنزير لزمته) وقالا : لايلزمه إن وصل ، لأن بآخر كلامه ظهر أنه ما أراد الإيجاب كقوله إن شاء الله تعالى . وله أن هذا رجوع فلا يقبل لأن ثمنهما لايكون واجبا ، وما ذكرا فهو تعليق وهذا إبطال (ولو قال من ثمن متاع أو أقرضنى ثم قال : هى زيوف أو نبهرجة ، وقال المقرّ له : جياد ، فهى جياد) وقالا : يصدق إن وصل ، وعلى هذا إذا قال هى ستوقة أو رصاص . لهما أنه بيان مغير ، لأن اسم الدراهم يتناول هذه الأنواع فيصحّ موصولا كما تقدّم وصار كقوله إلا أنها وزن خمسة ، وله أن مقتضى العقد يقتضى السلامة عن العيب ، فاقراره يقتضى الجياد ، ثم قوله هى زيوف إنكار فلا يصدّق ، فصار كما إذا ادّعى الجياد وادّعى المشترى الزيوف يلزمه الجياد عملا بما ذكرنا من الأصل ، وقوله وزن خمسة مقدار فيصحّ استثناؤه ولا يصحّ استثناء الوصف لما مرّ فى البناء (ولو قال : غصبتها منه ، أو أودعنيها صدّق فى الزيوف والنبهرجة) لأن الغصب يرد على ما يجده والإنسان يودع ما يملكه ، وذلك لايقتضى السلامة عن العيوب (وفى الرصاص والستوقة إن وصل صدق وإلا فلا) لأنهما ليسا من جنس الدراهم ، لأن الاسم يتناولهما مجازا فلذلك يشترط الوصل ؛ ولو قال : له علىّ ألف إلا أنها تنقص كذا فهو استثناء صحيح إن وصل صدق وإلا فلا .

فصـــل

(وديون الصحة وما لزمه فى مرضه بسبب معروف مقدّم على ما أقرّ به فى مرضه ؛

وَما أقَرَّ بِهِ فى مَرَضِهِ مُقَدَّمٌ عَلى الميرَاثِ ، وَإقرَارُ المَريضِ لِوَارِثِهِ باطِلٌ ، إلاّ أنْ يُصَدِّقَهُ بَقِيَّةُ الوَرَثَةِ ؛ وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأتَهُ فى مَرَضِهِ ثَلاثا ثُمَّ اقَرَّ لَهَا وَماتَ فَلَها الأقَلُّ مِنَ الإقْرَارِ وَالميرَاثِ ،

وما أقرّ به فى مرضه مقدّم على الميراث) ومعناه أنه يقضى دين الصحة والدين المعروف السبب ، فان فضل شىء قضى ما أقرّ به فى مرضه ، فان فضل شىء فللورثة ، والدليل عليه أنه تعلق حقّ غرماء الصحة بماله بأوّل مرضه حتى ينتقض تبرّعه لحقهم ، ففى إقراره لغيرهم إبطال حقهم فلا يصحّ ، وكذا لايجوز أن يقرّ بعين فى يده وعليه ديون ، وهذا لأن الإقرار حجة قاصرة فلا يثبت فى حقّ غيره ، وما ثبت بالبينة أو بمعاينة القاضى حجة فى حقّ الكافة فكان أولى ، وكذلك النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وكذا الديون المعروفة السبب لأنه لاتهمة فيها ، وكذا لايجوز له أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض لما فيه من إبطال حقّ الباقين ، فاذا قضيت ديون الصحة والمعروفة الأسباب يقضى ما أقر به فى مرضه ؛ كما لو لم يكن عليه دين الصحة ، وكان أحقّ من الورثة لحاجته إليه ، لأن ماله إنما ينتقل إلى الورثة عند فراغ حاجته ، وفراغ ذمته من أهمّ الحوائج . قال (وإقرار المريض لوارثه باطل إلا أن يصدّقه بقية الورثة) قال عليه الصلاة والسلام « لاوصية لوارث ولا إقرار بدين » ولأنه تعلق به حقّ جميع الورثة ، فاقراره لبعضهم إبطال لحقّ الباقين ، وفيه إيقاع العداوة بينهم لما فيه من إيثار البعض على البعض ، وأنه منشأ للعداوة والبغضاء ، وقضية يوسف وإخوته أكبر شاهد ، وكذا لايصحّ إقراره إن قبض منه دينه أو رجع فيما وهبه منه فى مرضه ، أو قبض ما غصبه منه أو رهنه عنده ، أو استردّ المبيع فى البيع الفاسد لما بينا ، وكذا لايجوز ذلك لعبد وارثه ولا مكاتبه ، لأنه يقع لمولاه ملكا أو حقا ، ولو صدرت هذه الأشياء منه للوارث وهو مريض ثم برأ ثم مات جاز ذلك كله لأنه لم يكن مرض الموت فلم يتعلق به حقّ الورثة ؛ ولو أقرّ لأخيه وهو وارثه ثم جاءه ابن ومات صحّ الإقرار لأخيه ، ولو أقرّ له وله ابن فمات الابن ثم مات المقرّ بطل الإقرار للأخ ، وهذا لأن الوارث من يرثه وذلك إنما يتبين بالموت ، ففى المسئلة الأولى لم يرث فصحّ ، وفى الثانية ورث فلم يصحّ (ومن طلق امرأته فى مرضه ثلاثا ثم أقرّ لها ومات فلها الأقلّ من الإقرار والميراث) وكذا لو تصادقا على الطلاق وانقضاء العدّة فى مرضه ثم أقرّ لها أو أوصى ، وقالا لها فى الثانية ما أقرّ لها أو أوصى ؛ وقال زفر فى الأولى كذلك أيضا لكونها أجنبية فى المسئلتين . ولهما أنها أجنبية بالطلاق وانقضاء العدّة فيصحّ لها الإقرار والوصية لعدم التهمة ، بخلاف المسئلة الأولى لأن بقاء العدّة دليل التهمة . ولأبى حنيفة أن التهمة قائمة فانها تختار الفرقة لينفتح عليها باب الوصية والإقرار فيصل إليها أكثر من ميراثها ويصطلحان على البينونة وانقضاء العدّة لذلك ، فان كانت الوصية والإقرار أكثر من ميراثها جاءت التهمة ،

وَإِنْ أَقَرَّ الْمَرِيضُ لِأَجْنَبِيّ ثُمَّ قَالَ هُوَ ابْنِي بَطَلَ إِقْرَارُهُ ، وَإِنْ أَقَرَّ لِامْرَأَةٍ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَبْطُلْ ، وَيَصِحُّ إِقْرَارُ الرَّجُلِ بِالْوَلَدِ وَالْوَالِدَيْنِ وَالزَّوْجَةِ وَالْمَوْلَى إِذَا صَدَّقُوهُ ، وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ إِلَّا فِي الْوَلَدِ فَإِنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَى تَصْدِيقِ الزَّوْجِ أَوْ شَهَادَةِ الْقَابِلَةِ ، وَمَنْ مَاتَ أَبُوهُ فَأَقَرَّ بِأَخٍ شَارَكَهُ فِي الْمِيرَاثِ ، وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ .

وفيه إبطال حقّ الورثة فلا يجوز ، وإن كان الميراث أكثر فلاتهمة فيجوز الإقرار والوصية قال (وإن أقرّ المريض لأجنبي ثم قال هوابنى بطل إقراره ، وإن أقرّ لامرأة ثم تزوّجها لم يبطل) لأن البنوّة تستند إلى وقت العلوق ، فكان ابنا له وقت الإقرار فتبين أنه كان وارثا وقت الإقرار ، والزوجية تقتصرعلىحالة العقد ، فصحّ الإقرار لكونها أجنبية فلا يبطل ، حتى لوأوصى لها أو وهبها ثم تزوجها لايصحّ ، لأن الوصية إنما تصحّ بعد الموت وهى وارثة والهبة فى المرض وصية فكانت كهى . قال(ويصحّ إراقر الرجل بالولد والوالدين والزوجة والمولى إذا صدّقوه) إذا كان الولد يعبر عن نفسه وإلا يثبت بمجرّد الدعوى منه لما فيه من النظر له من ثبوت النسب ووجوب النفقة وغير ذلك (وكذلك المرأة إلا فىالولد فانه يتوقف على تصديق الزوج أو شهادة القابلة) وأصله أن شرط صحة هذا الإقرار تصديق المقرّ له ليصير حجة فى حقه فيلزمهما الأحكام بتصادقهما ، وتصوّر كونه منه لئلا يكذبه العقل وأن لايكون معروف النسب من غيره لئلا يكذبه الشرع ، وأما المرأة فانها تحتاج إلى تصديق الزوج لأن فيه تحمل النسب عليه فلا يتبل إلا بتصديقه أو ببينة وهى شهادة القابلة على ما يعرف فىموضعه إن شاء الله تعالى . وإذا صحّ الإقرار بهؤلاء لايملك الرجوع فيه ، لأن النسب إذا ثبت لايبطل بالرجوع وله الرجوع إذا أقرّ بمن لايثبت نسبه كقرابة غير الولاد لأنه وصية معنى ، وإنما لايصحّ النسب بغير قرابة الولاد بالإقرار لما فيه من تحمل النسب على الغير فالأخ نسبه إلى الأب والعم إلى الجدّ وهكذا ، لكن إذا لم يكن له وارث غيره ورثه ، لأن إقراره تضمن أمرين تحمل النسب على غيره ولا يملكه فبطل والإقرار له بالمال وإنما يملكه عند عدم الوارث فيصحّ (ومن مات أبوه فأقرّ بأخ شاركه فى الميراث) لأنه اعترف له بنصف الميراث (ولا يثبت نسبه) لما بينا ، ثم التصديق يصحّ بعد الموت فى النسب لبقائه ، وكذا تصديق الزوجة لبقاء أحكامه وهو غسلها له والعدة ، ولا يصحّ تصديق الزوج لانقطاع النكاح بالموت حتى لايجوز له غسلها ، فصار كالتصديق بعد هلاك العين ؛ وعندهما يصحّ لأن الإرث من الأحكام .

كتاب الشهادات

مَنْ تَعَيَّنَ لِتَحَمُّلِهَا لَايَسَعُهُ أَنْ يَمْتَنِعَ إِذَا طُولِبَ ، فَإِذَا تَحَمَّلَهَا وَطُلِبَ لِأَدَائِهَا يُفْتَرَضُ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَقُومَ الْحَقُّ بِغَيْرِهِ ، وَهُوَ مُخَيَّرٌ فِى الْحُدُودِ بَيْنَ الشَّهَادَةِ وَالسَّتْرِ ، وَالسَّتْرُ أَفْضَلُ ، وَيَقُولُ فِى السَّرِقَةِ :

كتاب الشهادات

أصل الشهادة الحضور ، قال عليه الصلاة والسلام « الغنيمة لمن شهد الوقعة » أى حضرها ، ويقال : فلان شهد الحرب وقضية كذا إذا حضرها ، وقال « إذا علموا أنى شهدت وغابوا » أى حضرت ولم يحضروا ، والشهيد : الذى حضره الوفاة فى الغزو حتى لو مضى عليه وقت صلاة وهو حىّ لايسمى شهيدا ، لأن الوفاة لم تحضره فى الغزو . وفى الشرع : الإخبار عن أمر حضره الشهود وشاهدوه ، إما معاينة كالأفعال نحو القتل والزنا ، أو سماعا كالعقود والإقرارات ، فلا يجوز له أن يشهد إلا بما حضره وعلمه عيانا أو سماعا ، ولهذا لايجوز له أداء الشهادة حتى يذكر الحادثة ، قال عليه الصلاة والسلام « إن علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع » وهى حجة مظهرة للحقّ مشروعة ؛ قال تعالى ـ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ـ وقال ـ وأشهدوا ذوى عدل منكم ـ وقال عليه الصلاة والسلام « شاهداك أو يمينه ليس لك إلا ذلك » وقال عليه الصلاة والسلام « البينة على المدّعى » والبينة : الشهادة بالإجماع ، ولأن فيها إحياء حقوق الناس ، وصون العقود عن التجاحد ، وحفظ الأموال على أربابها ، قال عليه الصلاة والسلام « أكرموا شهودكم فإن الله تعالى يستخرج بهم الحقوق » .

قال (من تعين لتحملها لايسعه أن يمتنع إذا طولب) لما فيه من تضييع الحقوق ، وإن لم يتعين فهو مخير ، ولا بأس بالتحرّز عن التحمل (فاذا تحملها وطلب لأدائها يفترض عليه) لقوله تعالى ـ ولا يأبى الشهداء إذا ما دعوا ـ وقال تعالى ـ ومن يكتمها فانه آثم قلبه ـ ولأنه إضاعة لحقوق الناس فيحرم الامتناع (إلا أن يقوم الحقّ بغيره) بأن يكون فى الصكّ سواه من يقوم الحقّ به فيجوز له الامتناع ، لأن الحقّ لايضيع بامتناعه ، ولأنها فرض كفاية ، ولا بدّ من طلب المدّعى لأنها حقه . قال (وهو مخير فى الحدود بين الشهادة والستر) لأنّ إقامة الحدود حسبة ، والستر على المسلم حسبة (والستر أفضل) قال عليه الصلاة والسلام « من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة » وقد صحّ أنّ النبىّ صلى الله عليه وسلم « لقن ماعزا الرجوع وسأله عن حاله سترا عليه لئلا يرجم ويشتهر ، وكفى به قدوة » وكذلك نقل عن الخلفاء الراشدين . قال (ويقول فى السرقة :

أَخَذَ المَالَ ، وَلا يَقُولُ : سَرَقَ ؛ وَلا يُقْبَلُ عَلَى الزِّنا إلاَّ شَهادَةُ أرْبَعَةٍ مِنَ الرِّجالِ ، وَباقِى الحُدُودِ وَالقِصَاصِ شَهادَةُ رَجُلَيْنِ ، وَما سِوَاهُما مِنَ الحُقُوقِ تُقْبَلُ فِيهَا شَهادَةُ رَجُلَيْنِ ، أوْ رَجُلٍ وَامْرأتَيْنِ (ف) ، وَتُقْبَلُ شَهادَةُ النِّساءِ وَحْدَهُنَّ فيما لايَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجالُ كالوِلادَةِ وَالبَكارَةِ وَعُيُوبِ النِّساءِ ،

أخذ المال) إحياء لحقّ المسروق منه (ولا يقول : سرق) إقامة لحسبة الستر . قال (ولا يقبل على الزنا إلا شهادة أربعة من الرجال) لقوله تعالى - ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم - وقوله - فاستشهدوا عليهنّ أربعة منكم - وقال عليه الصلاة والسلام للذى قذف زوجته « ائتنى بأربعة يشهدون وإلا فضرب فى ظهرك » . قال (وباقى الحدود والقصاص شهادة رجلين) قال تعالى - فاستشهدوا شهيدين من رجالكم - وقال تعالى - وأشهدوا ذوى عدل منكم - وقال عليه الصلاة والسلام « شاهداك أو يمينه » ولا تقبل شهادة النساء فى الحدود والقصاص . قال الزهرى : مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده أن لاتقبل شهادة النساء فى الحدود والقصاص . قال (وما سواهما من الحقوق تقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين) قال تعالى - فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان - وأنه مذكور فى سياق المداينات بالأجل فتقبل فيها . وعن عمر « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النساء فى النكاح » ولأنها من أهل الشهادة بالآية ، فتقبل شهادتها لوجود المشاهدة والحفظ والأداء كالرجل ، وزيادة النسيان تجبر بزيادة العدد ، وإليه الإشارة بقوله تعالى - فتذكر إحداهما الأخرى - بقى شبهة البدلية ، فلهذا قلنا لاتقبل فى الحدود والقصاص وغيرها من الأحكام يثبت مع الشبهة . قال (وتقبل شهادة النساء وحدهنّ فيما لايطلع عليه الرجال كالولادة والبكارة وعيوب النساء) قال عليه الصلاة والسلام « شهادة النساء جائزة فيما لايطلع عليه الرجال » ولأنه لابدّ من ثبوت هذه الأحكام ولايمكن الرجال الاطلاع عليها وإنما يطلع عليها النساء على الانفراد فوجب قبول شهادتهنّ على الانفراد تحصيلا للمصلحة وتقبل فيها شهادة امرأة واحدة ، لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قبل شهادة امرأة واحدة فى الولادة ولأن ما يقبل فيه قول النساء على الانفراد لايعتبر فيه العدد كرواية الأخبار ، والثنتان أحوط ، والثلاث أحبّ إلى الله ، وبالأربع يخرج عن الخلاف ، وأحكام الشهادة فى الولادة تعرف فى الطلاق إن شاء الله تعالى . وأما البكارة فان العنين يؤجل سنة ويفرّق بينهما بعدها إذا قلنا إنها بكر ، وهل يشترط فى ذلك لفظة الشهادة ؟ لايشترط عند مشايخ العراق ، ويشترط عند مشايخ خراسان ، لأنها توجب حقا على الغير فكانت شهادة .

وَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ فِى اسْتِهْلَالِ الصَّبِىِّ فِى حَقِّ الصَّلَاةِ دُونَ الْإِرْثِ (سم) ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْعَدَالَةِ وَلَفْظَةِ الشَّهَادَةِ وَالْحُرِّيَّةِ وَالْإِسْلَامِ ، وَيُقْتَصَرُ فِى الْمُسْلِمِ عَلَى ظَاهِرِ عَدَالَتِهِ (سم ف) ، إِلَّا فِى الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ ، فَانْ طَعَنَ فِيهِ الْخَصْمُ سَأَلَ عَنْهُ . وَقَالَا : يُسْأَلُ عَنْهُم فِى جَمِيعِ الْحُقُوقِ سِرًّا وَعَلَانِيَةً ، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى ،

قال (وتقبل شهادتهن فى استهلال الصبى فى حق الصلاة دون الإرث) أما الصلاة فبالإجماع لأنها من أمور الدين ، وأما الإرث فمذهبه . وقالا : تقبل أيضا لأن الاستهلال صوت يكون عقيب الولادة ، وتلك حالة لايحضرها الرجال ، فدعت الضرورة إلى قبول شهادتهن لما مرّ . ولأبى حنيفة أن ذلك مما يطلع عليه الرجال لأنه يحلّ لهم سماع صوته ، فلا ضرورة فى حقّ ثبوت النسب والإرث والمهر ، وكذا لايقبل فى الرضاع شهادة النساء منفردات ، لأن الحرمة متى ثبتت ترتب عليها زوال ملك النكاح ، وإبطال الملك لايثبت إلا بشهادة الرجال ، ولأنه مما يمكن اطلاع الرجال عليه فلا ضرورة . قال (ولا بدّ من العدالة ولفظة الشهادة والحرية والإسلام) أما العدالة فلقوله تعالى ـ وأشهدوا ذوى عدل منكم ـ وقال تعالى ـ ممن ترضون من الشهداء ـ والفاسق ليس بمرضىّ ، ولأن الحاكم يحكم بقول الشاهد وينفذه فى حقّ الغير ، فيجب أن يكون قوله يغلب على ظنّ الحاكم الصدق ، ولا يكون ذلك إلا بالعدالة ، إلا أن القاضى إذا قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا . وأما لفظة الشهادة فلقوله تعالى ـ واستشهدوا ـ فانه صريح فى طلب الشهادة فيجب عليه الإتيان بلفظها ، ولأن الشهادة من آلفاظ اليمين على ما يأتيك إن شاء الله تعالى فى الأيمان ، فيكون الامتناع عنها على تقدير الكذب أكثر ، ولأن القياس ينفى قول الإنسان على الغير لما فيه من إلزامه ، إلا أنا قبلناه فى موضع ورد الشرع به ، وأنه ورد مقرونا بالشهادة . وأما الحرية فلأن الشهادة من باب الولاية ، ولا ولاية للعبد على نفسه فكيف على غيره ؟ . وأما الإسلام فلقوله تعالى ـ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ـ قال (ويقتصر فى المسلم على ظاهر عدالته إلا فى الحدود والقصاص ، فان طعن فيه الخصم سأل عنه . وقالا : يسأل عنهم فى جميع الحقوق سرّا وعلانية ، وعليه الفتوى) وجه قول أبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا فى قذف » وفى كتاب عمر (١) : المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا حقا أو مجربا عليه شهادة زور أو ظنينا فى ولاء

---

(١) قوله وفى كتاب عمر ، قال الكمال بن الهمام : قال عمر فى كتابه الذى كتبه لأبى موسى الأشعرى : المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلودا فى قذف أو مجرّبا فى شهادة زور أو ظنينا فى ولاء أو قرابة اهـ . والظنين : المتهم .

وَلَوِ اكْتَفَى بِالسِّرِّ جازَ ، وَلا بُدَّ أَنْ يَقُولَ المُزَكِّى : هُوَ عَدْلٌ (ف) جائزُ الشَّهادَةِ ،

أو قرابة ، ولأن العدالة هى الأصل لأنه ولد غير فاسق ، والفسق أمر طارئ مظنون ، فلا يجوز ترك الأصل بالظن ، ولا يلزم الحدود والقصاص لأنه كما أن الأصل فى الشاهد العدالة كذلك الأصل فى المشهود عليه العدالة ، والشاهد وصفه بالزنا والقتل فتقابل الأصلان فرجحنا بالعدالة الباطنة ، ولأن الحدود مبناها على الإسقاط فيسأل عنهم احتيالا للدرء . ولهما أن الحاكم يجب أن يحتاط فى حكمه صيانة له عن النقض وذلك بسؤال السرّ والعلانية (ولو اكتفى بالسرّ جاز) قال أبو بكر الرازى : لاخلاف بينهم فى الحقيقة فان أبا حنيفة أفتى فى زمان كانت العدالة فيه ظاهرة ، والنبىّ عليه الصلاة والسلام عدّل أهله وقال « خير القرون قرنى ، ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ، ثم يفشو الكذب » واكتفى بتعديل النبىّ صلى الله عليه وسلم ، وفى زمنهما فشا الكذب فاحتاجا إلى السؤال ، ولو كانا فى زمنه ما سألا ، ولو كان فى زمنهما لسأل ، فلهذا قلنا الفتوى على قولهما ، ولقد تصفحت كثيرا من كتب أبى بكر الرازى فما رأيته رجح على قول أبى حنيفة قول غيره إلا فى هذه المسألة ، وإنما رجح قولهما لما رأى من فساد أهل الزمان ، وقلة مبالاتهم بالأمور الدينية ، وكان يقول : ينبغى للحاكم أن ينقب عن أحوال الشهود فى كل ستة أشهر ، لأنه قد يطرأ على الشاهد فى هذه المدّة ما يخرجه عن أهلية الشهادة ، والله أعلم . قال (ولا بدّ أن يقول المزكى هو عدل جائز الشهادة) لأن العبد عدل غير جائز الشهادة ، وقيل يكتفى بقوله هو عدل ، لأن الأصل هو الحرية تبعا للدار ، وإن لم يكن عدلا عنده قال الله أعلم بحاله ، وقد كانوا يكتفون بتزكية العلانية ، ثم انضمّ إليها تزكية السرّ فى زماننا لاختلاف الزمان ، ثم قيل يكتفى بتزكية السر تحرزا عن الفتنة . قال محمد : تزكية العلانية بلاء وفتنة ، ثم لابد فى تزكية العلانية أن يجمع بين المزكى والشاهد لتنتفى شبهة تعديل غيره ، وتزكية السرّ أن يبعث رقعة مختومة إلى المزكى فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومصلاه ، ويردها المزكى كذلك سرا ، وينبغى للقاضى أن يختار للمسألة عن الشهود أوثق الناس وأورعهم ديانة وأعظمهم أمانة وأكثرهم بالناس خبرة وأعلمهم بالتميز ، غير معروفين بين الناس لئلا يقصدوا بسوء أو يخدعوا ، وينبغى للمزكى أن يسأل عن أحوال الشهود ويتعرّفها من جيرانهم وأهل سوقهم ، فان ظهرت عدالتهم عنده كتب ذلك فى آخر الرقعة : هو عدل عندى جائز الشهادة ، وإلا كتب إنه غير عدل وختم الرقعة وردّها ، فيقول القاضى للمدّعى زد فى شهودك ولا يقول جرحوا ، ويقبل فى تزكية السرّ قول الولد والوالد وكل ذى رحم والعبد والأعمى والمحدود فى القذف لأنها أخبار ، خلافا لمحمد فانها شهادة عنده ، بخلاف تزكية العلانية فانها شهادة بالإجماع . والشهود الكفار يعدلهم المسلمون ، فان لم يعرفهم

وَلا تُقْبَلُ تَزْكِيَةُ المُدَّعَى عَلَيْهِ (سم) ، وَتَكْفِي تَزْكِيَةُ الوَاحِدِ (ف) .

وَيَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ بِكُلِّ ما سَمِعَهُ أَوْ أَبْصَرَهُ مِنَ الحُقُوقِ وَالعُقُودِ ، وَإِنْ لَمْ يُشْهَدْ عَلَيْهِ إلاَّ الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ فَإنَّهُ لاَ يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَةِ غَيْرِهِ ما لَمْ يُشْهِدْهُ (ف) ، وَلا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ بِمَا لَمْ يُعَايِنْهُ إلاَّ النَّسَبَ وَالمَوْتَ وَالدُّخُولَ وَالنِّكاحَ ، وَوِلايَةَ القَاضِي ، وَأَصْلَ الوَقْفِ ،

المسلمون سأل المسلمين عن عدول المشركين ، ثم يسأل أولئك عن الشهود . قال (ولا تقبل تزكية المدعى عليه) ومعناه أن يقول هم عدول إلا أنهم أخطئوا أو نسوا ، أما لو قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد اعترف بالحقّ فيقضي باقراره لابالبينة ، لأن البينة عند الجحود ؛ وقيل يجوز تعديله . ووجه الظاهر أن المدعى والشهود يزعمونه كاذبا فى إنكاره مبطلا فى جحوده فلا يصلح مزكيا . قال (وتكفى تزكية الواحد) وعن محمد اثنين وهو أولى ، وكذلك المترجم ورسول القاضى إلى المزكين . لمحمد أن حكم القاضى مبنى على العدالة وذلك بالتزكية ، فيشترط الإتيان كالشهادة ، ويشترط عنده ذكورة المزكى فى الحدود والأربعة فى شهود الزنا لما بينا . ولهما أنها ليست فى معنى الشهادة حتى لايشترط فيها لفظة الشهادة ومجلس الحكم ، واشتراط العدد فى الشهادة تعبدى فلا يتعداها .

فصـــل

(ويجوز أن يشهد بكلّ ما سمعه أو أبصره من الحقوق والعقود وإن لم يشهد عليه) لأنه علم الموجب وتيقنه . قال عليه الصلاة والسلام « إن علمت مثل الشمس فاشهد » ويقول أشهد بكذا لأنه علمه ولا يقول أشهدنى فانه كذب . قال (إلا الشهادة على الشهادة فانه لايجوز أن يشهد على شهادة غيره ما لم يشهده) لأن الشهادة ليست موجبة إلا بالنقل إلى مجلس الحكم ولا يكون ذلك إلا بالتحمل ، ولو سمعه يشهد غيره على شهادته لايسعه أن يشهد لأنه ما حمله وتجوز شهادة المختبئ ، وهو أن يقرّ الرجل بحقّ والشهود مختبئون فى بيت يسمعون إقراره ، فانه يحلّ لهم الشهادة إذا كانوا يرون وجهه ويعرفونه ، وإن لم يروه لايحلّ لهم إلا إذا علموا أن ليس فى البيت غيره فيحلّ لهم ذلك ، وكذا إذا سمعوا صوت امرأة من وراء حجاب . قال (ولا يجوز له أن يشهد بما لم يعاينه إلا النسب والموت والدخول والنكاح وولاية القاضى وأصل الوقف) والقياس أنه لايجوز ، لأن الشهادة من المشاهدة وهى المعاينة ولم توجد . وجه الاستحسان أن هذه الأشياء تباشر بحضور جماعة مخصوصين وتتعلق بها أحكام مستمرّة فأقيمت الشهرة والاستفاضة مقام العيان والمشاهدة كيلا تتعطل هذه الأحكام ، وعلى هذا الناس من الصدر الأوّل إلى يومنا هذا ، ألا ترى أنا نشهد

وَيَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى المِلْكِ المُطْلَقِ فِيما سِوَى العَبْدِ وَالأَمَةِ ، وَإِذَا رأى الشَّاهِدُ خَطَّهُ لايَشْهَدُ ما لَمْ يَذْكُرِ الحَادِثَةَ ؛

أن عائشة رضى الله عنها زوج النبيّ صلى الله عليه وسلم وكذلك سائر زوجاته وفاطمة رضى الله عنها زوجة علىّ رضى الله عنه وغير ذلك ، ونشهد بنسب النبيّ صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، ونشهد بقضاء شريح وابن أبى ليلى وأبى يوسف ، ونشهد بموت الخلفاء الراشدين وغيرهم ، والشهرة إنما تكون إما بالتواتر أو باخبار من يثق به ، حتّى لو أخبره واحد يثق به جاز ؛ واشترط بعضهم رجلين أو رجلا وامرأتين ؛ وقيل يكتفى فى الموت بشهادة الواحد ، لأنه قلّ ما يحضره غير الواحد ، وإذا رأى رجلا يجلس للقضاء ويدخل عليه الخصوم حلّ له الشهادة بولايته ؛ وكذا إذا رأى رجلا وامرأة يسكنان فى بيت واحد ويتعاشران معاشرة الأزواج حلّ له الشهاده بالنكاح بينهما كما إذا رأى عينا فى يد رجل . وأما الوقف فالصحيح ما ذكرنا أنه يجوز على أصله دون شرطه ، لأن الأصل هو الذى يشتهر ، فلو لم تجز الشهادة عليه أدّى إلى استهلاك الأوقاف القديمة ، وكذلك الولاء عند أبى يوسف كما فى النسب ، قال عليه الصلاة والسلام « الولاء لحمة كلحمة النسب » ولأنا نشهد أن ثوبان مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم وبلالا مولى أبى بكر رضى الله عنه إلى غير ذلك ، ولا يجوز عند أبىحنيفة ومحمد رحمهما الله ، لأن الخبر لايشتهر لأنه مبنى على الإعتاق وذلك يكون بحضرة من لايشتهر غالبا وصار كالعتاق والطلاق ، والمراد بالحديث أنه مثله لايباع ولا يوهب ، وينبغى للشاهد أن يطلق الشهادة عند القاضى حتّى لو فسرها وقال إنه شهد بالتسامع لايقبلها ، وكذلك فى الشهادة باليد لايفسرها . قال (ويجوز أن يشهد على الملك المطلق) إذا رآه فى يده (فيما سوى العبد والأمة) لأن اليد دليل الملك وهو المرجع فى الأسباب كالبيع والهبة والوصية والإرث وغيرها . واشترط أبو يوسف أن يقع فى قلبه أنه له ، ويجوز أن يكون تفسيرا للأوّل ، واشترط الخصاف التصرّف مع اليد فان اليد تتنوّع . قلنا والتصرّف أيضا يتنوّع إلى أمانة وملك ، وإنما يحلّ له ذلك إذا عاين الملك والمالك ، أو عاين الملك وحده وعرف المالك بالاشتهار بنسبه . أما إذا عاين المالك وحده لايحلّ له ، وهذا بخلاف العبد والأمة ، لأن الحرّ يستخدم كما يستخدم العبد كالأجير الخاصّ ونحوه ، فلا تكون اليد دليلا حتى يعلم أنه رقيق ، فيجوز أن يشهد أنه له باليد ، لأن الرقيق لايكون فى يد نفسه ، وكذلك إن كانا صغيرين لايعبران عن أنفسهما يجوز أن يشهد ، وإن لم يعرف رقهما لأنه لايد لهما بخلاف الكبيرين . قال (وإذا رأى الشاهد خطه لايشهد ما لم يذكر الحادثة) وهكذا القاضى والراوى لأن الخط يشبه الخط فلا يحصل العلم ، قالوا : وهذا عند أبى حنيفة ، وقيل هو إجماع ؛ وإنما الخلاف إذا وجد القاضى القضية

وَشَاهِدُ الزُّورِ يُشَهَّرُ وَلا يُعَزَّرُ (سم ف) ، وَتُعْتَبَرُ مُوَافَقَةُ الشَّهَادَةِ الدَّعْوَى ، وَيُعْتَبَرُ اتِّفَاقُ الشَّاهِدَيْنِ فى اللَّفْظِ وَالمَعْنَى (سم) ، فَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُما بِأَلْفٍ وَالآخَرُ بِأَلْفَيْنِ لَمْ تُقْبَلْ (سم) ،

فى ديوانه تحت ختمه ، وكذا إذا رأى الشاهد رقم شهادته عنده تحت ختمه ، وكذلك الراوى فيجوز عندهما ، وإن لم يذكر الحادثة لوقوع الأمن من الزيادة والنقصان . أما ما كان فى الصك بيد الخصم وليس عنده نسخته لايجوز لما بينا ، وعند أبى حنيفة لايجوز ما لم يذكر الحادثة ، قال صلى الله عليه وسلم « إن علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع » ولا علم مع النسيان ، وشرط حل الرواية عنده أن يحفظ من حين سمع إلى أن يروى ، ولهذا قلت رواية أبى حنيفة رضى الله عنه ، وكذا إذا ذكر المجلس الذى كان فيه الحادثة أوأخبره بها من يثق به لايحل له ما لم يذكرها . قال (وشاهد الزور يشهر ولا يعزر) وقالا : يوجعه ضربا ويحبسه ، لما روى أن عمر رضى الله عنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه (١) ، ولأنها إضرار بالناس وليس فيها حد فيعزره . ولأبى حنيفة أن الزجر يحصل بالتشهير ، والضرب وإن كان أزجر لكنه يمنع من الرجوع ، وفعل عمر رضى الله عنه كان سياسة ولهذا بلغ الأربعين وسخم . والتشهير : أن يبعثه القاضى إلى أهله أو سوقه أجمع ما يكونون ويقول : القاضى يقرئكم السلام ويقول : إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس ، منقول ذلك عن شريح . وعنهما أنه يفعل ذلك مع الضرب . قال (وتعتبر موافقة الشهادة الدعوى) لأن الشهادة لاتقبل إلا بعد الدعوى ، فان لم توافقها فقد انعدمت (ويعتبر اتفاق الشاهدين فى اللفظ والمعنى ، فلو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل) وقالا : تقبل على الألف إذا ادعى المدعى ألفين لأنهما اتفقا على الألف ، وتفرد أحدهما بزيادة فيثبت ما اتفقا عليه ، كما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة ، فانه يقضى بالألف ، كذا هذا ، وعلى هذا الطلقة والطلقتين . ولأبى حنيفة رحمه الله أنه وجد الاختلاف لفظا ، وأنه دليل الاختلاف معنى ، لأن معنى الألف غير معنى الألفين ، وهما جملتان متغايرتان حصل على كل واحدة شاهد واحد فلا يقبل كاختلاف الجنس بخلاف ما ذكرا ، لأنهما اتفقا على الألف لفظا ومعنى ، لأنه عطف الخمسمائة على الألف ، والعطف يقرر المعطوف عليه ، ومثله الطلقة والطلقة والنصف بخلاف العشرة والخمسة عشر ، لأنه ليس بعطف فهو نظير الألف والألفين والعشرون ، والخمس والعشرون نظير الألف والألف والخمسمائة ، ولو كان المدعى ادعى الأقل لاتقبل الشهادة فى المسائل كلها لأنه يكذب أحد شاهديه ، ولو قال : كان حقى ألفا وخمسمائة فقبضت خمسمائة أو أبرأته عنها قبل للتوفيق ، وإن شهدا بألف فقال أحدهما قضاه منها خمسمائة

(١) قوله وسخم وجهه : قال فى مختار الصحاح : سخم الله وجهه تسخيما : أى سوده .

وَلَوْ شَهِدَا عَلَى سَرِقَةِ بَقَرَةٍ وَاخْتَلَفَا فِى لَوْنِهَا قُطِعَ (سم) ، وَإِنِ اخْتَلَفَا فِى الْأُنُوثَةِ وَالذُّكُورَةِ لَمْ يُقْطَعْ . شَهِدَا بِقَتْلِ زَيْدٍ يَوْمَ النَّحْرِ بِمَكَّةَ وَآخَرَانِ بِقَتْلِهِ يَوْمَ النَّحْرِ بِالْكُوفَةِ رُدَّتَا ، فَإِنْ سَبَقَتْ إِحْدَاهُمَا وَقُضِىَ بِهَا بَطَلَتِ الْأُخْرَى .

وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَعْمَى ،

قضى بالألف لاتفاقهما عليها ، ولا يثبت القضاء (١) لأنها شهادة واحدة ، فلو شهد آخر يثبت ، وينبغى للشاهد إذا علم ذلك أن لايشهد بالألف حتى يعترف المدّعى بالقبض ليظهر الحقّ ولا يعين على الظلم . قال (ولو شهدا على سرقة بقرة واختلفا فى لونها قطع ، وإن اختلفا فى الأنوثة والذكورة لم يقطع) وقالا : لايقطع فيهما لأن المشهود به مختلف ، ولم يقم على كل واحد شاهدان وصار كالمسألة الثانية . وله أن اشتمال البقرة على اللونين جائز ، فيشهد كل واحد على ما رأى فى جانبه وهى حالة اشتباه لأن السرقة تكون ليلا ، والعمل بالبينة واجب ما أمكن فتقبل ، بخلاف الذكورة والأنوثة لأنهما لايجتمعان فى بقرة فكانا متغايرين . قال (شهدا بقتل زيد يوم النحر بمكة ، وآخران بقتله يوم النحر بالكوفة ردّتا) لأن إحداهما كاذبة بيقين ولا تدرى ، وليست إحداهما أولى من الأخرى بالردّ ولا بالقبول فيردّان (فإن سبقت إحداهما وقضى بها بطلت الأخرى) لأن الأولى ترجحت بالقضاء فلا تنقض بما هو دونها .

فصل

كلّ من ردّت شهادته للرقّ أو الكفر أو للصبا ثم زالت هذه الموانع فأدّاها قبلت ، ولو ردّت لفسق أو زوجية أو العبد لمولاه أو المولى لعبده ثم زالت فأدّاها لم تقبل . والفرق أن الأولى ليست بشهادة لعدم الأهلية فلم يكن الردّ تكذيبا شرعا ، والثانية شهادة لقيام الأهلية فكان تكذيبا فلا تقبل أبدا ، ولو تحملها العبد لمولاه أو أحد الزوجين للآخر فأداها بعد العتق والبينونة قبلت ، وكذلك إن تحملها وهو عبد أو كافر أو صبىّ فأداها بعد زوال هذه العوارض قبلت لأن المعتبر حالة الأداء لما يأتى ولا مانع حالتئذ . قال (ولا تقبل شهادة الأعمى) وقال زفر : تقبل فيما يجرى فيه التسامع لأنه يسمع . وقال أبو يوسف : إن كان بصيرا وقت التحمل تقبل لوجود العلم بالنظر ، وعند الأداء يحتاج إلى القول وهو قادر عليه ويعرفه بالنسبة كما فى الميت . ولنا أنه لايقدر على التمييز بين الأشخاص ولا على الإشارة ، والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر ولو عمى بعد الأداء قبل القضاء لايقضى

---

(١) قوله ولا يثبت القضاء : المراد أنه لايسمع قول ذلك الشاهد أنه قضاه منها خمسمائة .

وَلا المَحْدُودِ (س ز) فى قَذْفٍ وَإِنْ تابَ ، وَلَوْ حُدَّ الكافِرُ فى قَذْفٍ ثُمَّ أَسْلَمَ قُبِلَتْ شَهادَتُهُ ، وَلا تُقْبَلُ الشَّهادَةُ لِلْوَلَدِ وَإِنْ سَفَلَ ، وَلا لِلْوالِدِ وَإِنْ عَلا ، وَلا لِعَبْدِهِ ، وَلا لِمُكاتَبِهِ ، وَلا لِلزَّوْجِ (ف) وَالزَّوْجَةِ (ف) ، وَلا أَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ لِلآخَرِ فيما هُوَ مِنْ شَرِكَتِهِما ، وَلا شَهادَةِ الأَجِيرِ الخاصِّ ، وَلا تُقْبَلُ شَهادَةُ مُخَنَّثٍ وَلا نائِحَةٍ ، وَلا مَنْ يُغَنِّى لِلنَّاسِ ، وَلا مُدْمِنِ الشُّرْبِ عَلَى اللَّهْوِ ،

بها عندهما ، لأن أهلية الشهادة شرط وقت القضاء ليصير حجة ، كما إذا جنّ أو فسق ، بخلاف الموت فانه منه للأهلية والغيبة لاتفوت بها الأهلية ، ولا تقبل شهادة الأخرس ، لأن الشهادة بالنطق وهو عاجز عنه . قال (ولا المحدود فى قذف وإن تاب) لقوله تعالى ـ ولا تقبلوا هم شهادة أبدا ـ ولأنه من تمام الحدّ لأنه مانع فيبقى بعد التوبة . أما المحدود فى غير القذف فالردّ ليس من الحدّ وإنما هو للفسق ، وقد ارتفع بالتوبة والاستثناء فى الآية منقطع أو هو مصروف إلى الأقرب وهو الفسق (ولو حدّ الكافر فى قذف ثم أسلم قبلت شهادته) لأن بالإسلام حدثت له شهادة أخرى غير التى كانت قبله ، فلا يكون الحدّ فى إسقاط الأولى إسقاطا فى الثانية ، لأنها لم تكن موجودة . قال (ولا تقبل الشهادة للولد وإن سفل ، ولا للوالد وإن علا) لقوله عليه الصلاة والسلام « ولا تجوز شهادة الوالد لولده ، ولا الولد لوالده ، ولا المرأة لزوجها ، ولا الزوج لامرأته ، ولا العبد لسيده ، ولا السيد لعبده ، ولا الشريك لشريكه ، ولا الأجير لمن استأجره » روى ذلك بأحاديث مختلفة بهذه الألفاظ ولأن المنافع بينهم متصلة حتى لايجوز دفع الزكاة إليهم فيكون شهادة لنفسه من وجوه ومحرمية الرضاع لاتمنع قبول الشهادة لأنه لاجزئية بينهما فانتفت التهمة ، وتقبل شهادة القرابات كالأخ والعم والخال وما سوى قرابة الولاد لعدم ما ذكرنا . قال (ولا لعبده) لما روينا ، ولأن العبد لايملك فتقع الشهادة لنفسه (ولا لمكاتبه) لأن أكسابه له من وجه والعبد المديون كالمكاتب . قال (ولا للزوج والزوجة) لما روينا ، ولأن المنافع بينهما متصلة عادة فتقع لنفسه من وجه (ولا أحد الشريكين للآخر فيما هو من شركتهما) لما روينا ولأنها تقع لنفسه (ولا شهادة الأجير الخاصّ) لما روينا ، ولأنه يستحقّ الأجرة فى مدّة أداء الشهادة ، فصار كالمستأجر لأداء الشهادة . قال (ولا تقبل شهادة مخنث ولا نائحة ، ولا من يغنى للناس) لأن ذلك فسق « لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن صوتين أحمقين : النائحة ، والمغنية » والمراد المخنث الذى يفعل الأفعال الرديئة ، وأنه معصية . قال عليه الصلاة والسلام « لعن الله المؤنثات من الرجال ، والمذكرات من النساء » أما اللين فى الكلام خلقة فتقبل شهادته . قال (ولا مدمن الشرب على اللهو) لأنه محرّم . قال محمد : من شرب النبيذ متأوّلا قبلت شهادته ما لم يسكر أو يكن على اللهو .

وَلا مَنْ يَلْعَبُ بالطُّيُورِ ، وَلامَنْ يَفْعَلُ كَبِيرَةً تُوجِبُ الحَدَّ ، وَلا مَنْ يأكُلُ الرِّبا ، وَلا مَنْ يُقامِرُ بالشَّطْرَنْجِ وَلا مَنْ يَدْخُلُ الحَمَّامَ بِغَيْرِ إزارٍ ، وَلا مَنْ يَفْعَلُ الأفْعالَ المُسْتَخَفَّةَ كالبَوْلِ وَالأكْلِ عَلَى الطَّرِيقِ ، وَلا مَنْ يُظْهِرُ سَبَّ السَّلَفِ ، وَلا شَهادَةَ العَدُوِّ إنْ كانَتِ العَداوَةُ بِسَبَبِ الدُّنْيا ، وَتُقْبَلُ إنْ كانَتْ بِسَبَبِ الدِّينِ ،

(ولامن يلعب بالطيور) لأنه يوجب غفلة ويطلع على العورات بالطلوع على السطوحات . قال (ولامن يفعل كبيرة توجب الحدّ) لفسقه (ولا من يأكل الربا) لأنه حرام ، وشرط بعضهم الإدمان عليه لأنه قلّ ما يخلو عن العقد الفاسد (ولا من يقامر بالشطرنج) لأنه حرام . أما نفس اللعب لايسقط العدالة لمكان الاجتهاد إلا أن تفوته الصلاة أو يحلف عليه كذبا . قال (ولا من يدخل الحمام بغير إزار) لفسقه بابداء عورته (ولا من يفعل شيئا من الأفعال المستخفة كالبول والأكل على الطريق) لأنه يسقط المروءة فلا يتحاشى عن الكذب ، وكذا من يمشى فى السوق بالسراويل وحده ، وكذلك المناهدة مع الابن فى السفر. قال (ولا من يظهر سبّ السلف) لفسقه بخلاف من يكتمه ، ولا الشتام للناس والجيران . قال أبو يوسف : لاأجيز شهادة من شتم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لأن ذلك فعل الأسقاط وأوضاع الناس ، وأقبل شهادة الذين تبرءوا منهم لأنه يفعل ذلك تدينا وإن كان باطلا (ولا شهادة العدوّ إن كانت العداوة بسبب الدنيا) لأنه لايؤمن عليه الكذب (وتقبل إن كانت بسبب الدين) لأنه لايكذب لدينه كأهل الأهواء ، ولا تقبل شهادة تارك الجمع والجماعات مجانة ، واشترط بعضهم لذلك ترك الجمعة ثلاث مرات ، وقال الخصاف مرة . وإن تركها لعذر مرض أو بعد من المصر أو بتأويل بأن كان يفسق الإمام لاترد شهادته ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور . قال محمد : العدل الذى لم يظهر ريبة . قال محمد : موسر أخر الزكاة والحجّ إن كان صالحا قبلت شهادته لأنهما لاوقت لهما ، وما كان له وقت كالصوم والصلاة تردّ شهادته بالتأخير . وقال أبو يوسف : أقبل شهادة الشاعر ما لم يقذف فى شعره المحصنات ، وقال العدل : هو الذى غلبت حسناته على سيئاته ، ولا يمكن اشتراط السلامة عن كلّ مأثم ، قال الله تعالى ـ ولو يؤخذ الله الناس بما كسبوا ما ترك على ظهرها من دابة ـ وهذا يدلّ على أن العبد قلّ ما يسلم عن ذلك ولا تقبل شهادة النخاسين والدلالين لأنهم يكذبون ، وتقبل شهادة أهل جميع الصنائع كلها إذا كانوا عدولا إلا إذا كان يجرى بينهم الحلف والأيمان الفاجرة . ومن يجن ويفيق فشهادته جائزة حال إفاقته ، وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطابية وهم قوم من الرافضة يستجيزون الشهادة لكل من يحلف عندهم ، لأنهم يرون حرمة الكذب ، وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة ،

وَتُقْبَلُ شَهادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ، وَلا تُقْبَلُ شَهادَةُ المسْتأمَنِ عَلَى الذِّمِّىِّ ، وَتُقْبَلُ (ف) شَهادَةُ الذِّمِّىِّ عَلَيْهِ ، وَتُقْبَلُ شَهادَةُ الأَقْلَفِ وَالخَصِىِّ وَالخُنْثَى وَوَلَدِ الزِّنا ، وَالمُعْتَبَرُ حالُ الشَّاهِدِ وَقْتَ الأَداءِ لا وَقْتَ التَّحَمُّلِ . وَإِذا كانَتِ الحَسَناتُ أَكْثَرَ مِنَ السَّيِّئاتِ قُبِلَتِ الشَّهادَةُ .

ولا تقبل شهادة المجسمة لأنهم كفرة ، ومن لايكفر من أهل الأهواء تقبل شهادتهم . ألا يرى أن الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا واقتتلوا ، وشهادة بعضهم على بعض كانت مقبولة ، وليس ما بين أهل الأهواء من الاختلاف أكثر ما كان بينهم من القتال ، بخلاف الفاسق عملا لأنه ارتكب محظور دينه فيرتكب الكذب ، وهذا يعتقد ما يفعله حقا يدين به الله تعالى فيمتنع عن الكذب . قال (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض) لأن الشهادة من باب الولاية ، وهم أهل الولاية بعضهم على بعض ، ولهذا قلنا لاتقبل شهادتهم على المسلم لعدم ولايتهم عليه وفسقه من حيث الاعتقاد فلا يمنع قبول الشهادة لأنه يجتنب محرم دينه ، والكذب محرّم فى جميع الأديان . وعن يحيى بن أكثم قال : اجتمعت أقاويل السلف على قبول شهادة النصارى بعضهم على بعض ، فلم أجد أحدا ردّ شهادتهم غير ربيعة بن عبد الرحمن ، فإنى وجدت عنه روايتين ، والنبى صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين بشهادة اليهود ؛ ومللهم وإن اختلفت فهم متفقون فى الكفر بالله تعالى وتكذيب النبيّ صلى الله عليه وسلم ويجمعهم دار واحدة ، بخلاف عدم قبول شهادة الروم على الهند وبالعكس لانقطاع الولاية باختلاف الدارين وبخلاف المرتدّ لأنه لاولاية له على أحد (ولا تقبل شهادة المستأمن على الذمى) لعدم الولاية (وتقبل شهادة الذمى عليه) لأن ولايته ثابتة فى دارنا على نفسه وأولاده الصغار فتكون ثابتة فى جنسه . قال (وتقبل شهادة الأقلف) لأن ترك السنة لايوجب الفسق إلا إذا تركه رغبة عن السنة ، ولو تركه بعد ما كبر لايفسق لأنه تركه صيانة لمهجته (١) لارغبة عن السنة . قال (والخصىّ) لأنه قطع عضو منه فصار كغيره من الأعضاء ، وعمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصىّ . قال (والخنثى) لأنه إما رجل أو امرأة . قال (وولد الزنا) لأن فسق الأبوين لايوجب فسقه ككفرهما وإسلامه ، إذ الكلام فى العدل . قال (والمعتبر حال الشاهد وقت الأداء لاوقت التحمل) لأن العمل بها والإلزام حالة الأداء فتعتبر الأهلية والولاية عنده . قال (وإذا كانت الحسنات أكثر من السيئات قبلت الشهادة) لما مرّ ، ولا بدّ من اجتناب الكبائر أجمع غير مصرّ على الصغائر ، ويكون صلاحه أكثر من فساده ، معتاد الصدق ، مجتنبا الكذب ، يخاف

---

(١) قوله لمهجته : أى لإبقاء روحه .

فصـــل

تَجُوزُ الشَّهادَةُ عَلى الشَّهادَةِ فِيما لايَسْقُطُ (ف) بالشُّبْهَةِ ،

هتك الستر ، صحيح المعاملة ، فى الدينار والدرهم ، مؤديا للأمانة ، قليل اللهو والهذيان . قال عمر رضى الله عنه : لايغرنكم طنطنة الرجل فى صلاته ، وانظروا إلى حاله عند درهمه وديناره . أما الإلمام بمعصيته لايمنع قبول الشهادة ، لما فى اعتبار ذلك من سدّ باب الشهادة .

فصـــل

اعلم أن الجرح مقدّم على التعديل ، لأن الجارح اعتمد دليلا وهو العيان لارتكابه محظور دينه ، والمعدل شهد بالظاهر ولم يعتمد على دليل ، ولو عدّله واحد وجرحه آخر فالجرح أولى ، فان عدّله آخر فالتعديل أولى لأنه حجة كاملة ، ولو عدّله جماعة وجرحه اثنان فالجرح أولى لاستوائهما فى الثبوت ، لأن زيادة العدد لاتوجب الترجيح ، ولا يسمع القاضى الشهادة على الجرح قصدا ولا يحكم بها لأن الحكم للإلزام وأنه يرتفع بالتوبة ، ولأن فيه هتكه والستر واجب ، ولو شهدوا على إقرار المدّعى بذلك سمعها ، لأن الإقرار يدخل تحت الحكم ، ويظهر أثره فى حقّ المدّعي ، ولو أقام المدّعى عليه بينة أن المدّعى استأجر الشهود لأداء الشهادة لاتقبل ، لأنها على الجرح خاصة ، إذ لاخصم فى إثبات الإجارة حتّى لو قال استأجرهم بدراهم ودفعها إليهم من مالى الذى فى يده قبلت لأنه خصم ، ثم يثبت الجرح بناء عليه ، وكذلك لو قال : صالحتهم على مال دفعته إليهم لئلا يشهدوا بهذا الباطل وطالبهم بردّ ذلك المال وأقام البينة على ذلك لما قلنا ، ولو قال : لم أسلم المال إليهم لم تقبل ، ولو أقام البينة أن الشاهد عبد أومحدود فى قذف أو شارب خمر أوسارق أو شريك المدعى أو أجيره ونحو ذلك قبلت ، لأن ذلك مما يدخل تحت الحكم لأنه يتضمن حقّ الشرع وهو الحدود أو حقّ العبد . قال الخصاف : وأسباب الجرح كثيرة : منها الركوب فى البحر ، والتجارة إلى أرض الكفار ، وفى قرى فارس وأشباهه ، لأنه خاطر بدينه ونفسه حيث سكن دار الحرب وكثر سوادهم لينال بذلك مالا فلا يؤمن أن يكذب بأخذ المال وقرى فارس يطعمونهم الربا وهم لايعلمون .

فصـــل

(تجوز الشهادة على الشهادة فيما لايسقط بالشبهة) والأصل فى جوازها إجماع الأمة على

ولا تجوزُ شهادةُ واحدٍ على شهادةِ واحدٍ ، ويجوزُ شهادةُ رجلَيْنِ على شهادةِ رجلَيْنِ . وصفةُ الإشهادِ أنْ يقولَ الأصلُ : أشهدُ على شهادتى أنّى أشهدُ أنّ فلانا أقرّ عندى بكذا ، ويقولُ الفرعُ عندَ الأداءِ : أشهدُ أنّ فلانا أشهدَنى على شهادتِهِ أنّ فلانا أقرّ عندَهُ بكذا ، وقالَ لى : اشهدْ على شهادتى بذلكَ ،

ذلك واحتياج الناس إلى إحياء الحقوق بذلك لأنه قد يعجز عن الأداء لمرض أو موت أو سفر ، فاولا ذلك لبطل حقوق الناس ، وتجوز الشهادة على الشهادة وإن بعد للحاجة على ما بينا . وعن علىّ رضى الله عنه أنه تقبل فى الشهادة على الشهادة شهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين ، ولأنه نقل خبر يثبت به حقّ المدّعى فيجوز كالشهادة على الإقرار ، وإنما لم تجز فى الحدود والقصاص لأن مبناهما على الإسقاط والدرء ، وفى ذلك احتيال للثبوت ولأن فيها شبهة لزيادة احتمال الكذب أو البدلية ، والحدود تسقط بالشبهات ، وتقبل على استيفاء الحدود لأن الاستيفاء لايسقط بالشبهة ، وما يوجب التعزير عن أبى حنيفة أنه لايقبل كسائر العقوبات ، وعن أبى يوسف أنه يقبل ، لأن التعزير لايسقط بالشبهة ، لما روى « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة » والحبس تعزير . قال (ولا تجوز شهادة واحد على شهادة واحد) لأنه حقّ فلا بدّ من النصاب . وعن علىّ رضى الله عنه : لاتجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين . قال (ويجوز شهادة رجلين على شهادة رجلين) لما روينا من حديث علىّ رضى الله عنه أوّلا ، ولأن شهادة كلّ أصل حقّ فصار كما إذا شهدا بحقين (وصفة الإشهاد أن يقول الأصل : أشهد على شهادتى أنى أشهد أن فلانا أقرّ عندى بكذا) لأن الفرع ينقل شهادة الأصل ، فلا بدّ من التحميل لما بينا ، فيشهد كما يشهد عند القاضى لينقلها إليه . قال (ويقول الفرع عند الأداء : أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته أن فلانا أقرّ عنده بكذا ، وقال لى اشهد على شهادتى بذلك) لأنه لابدّ من ذكر شهادته وذكر شهادة الأصل والتحميل وذلك بما ذكرنا ، وذكر الخصاف أنه يحتاج إلى أن يأتى بلفظ الشهادة ثمان مرات ، وهو أن يقول : أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته وهو يشهد أن فلانا أقرّ عنده بكذا وأشهده على إقراره ، وقال لى : اشهد على شهادتى وأنا أشهد بذلك . ومن أصحابنا من اكتفى بخمس وهو ما ذكرنا أوّلا . ومنهم من قال أربع وهو أن يقول : أشهد أن فلانا أشهدنى ، وقال لى : اشهد على شهادتى . ومنهم من قال ثلاث مرّات ، وهو أقلّ ما قيل فيه وهو أن يقول : أشهد أن فلانا قال لى : اشهد على شهادتى ، أو أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادتى . والأحسن ما ذكر فى الكتاب ، والأحوط ما ذكره الخصاف ، لأن فيه تحرّزا عن اختلاف كثير بين العلماء يصغر كتابنا عن استيعابه .

وَلا تُقْبَلُ شَهادَةُ الفُرُوعِ إلاَّ إذَا تَعَذَّرَ حُضُورُ الأُصُولِ مَجْلِسَ الحُكْمِ ، فانْ عَدَّلَهُمْ شُهُودُ الفَرْعِ جازَ ، وَإنْ سَكَتُوا عَنْهُمْ جازَ ، وَإذَا أنكَرَ شُهُودُ الأصْلِ الشَّهادَةَ لَمْ تُقْبَلْ شَهادَةُ الفُرُوعِ ، وَالتَّعْرِيفُ يَتِمُّ بِذِكْرِ الجَدِّ أو الفَخِذِ ،

قال (ولا تقبل شهادة الفروع إلا إذا تعذّر حضور الأصول مجلس الحكم) وقال أبو يوسف تقبل لأنهم بمنزلة المرأتين مع الرجل الثانى نظرا إلى قوله تعالى - فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان - وأجمعنا على جواز شهادة المرأتين مع وجود الرجل الثانى فكذلك هذا . وجه الظاهر أن الأصل عدم الجواز ، وإنما جوّزناها لما ذكرنا من الحاجة ، ولا حاجة مع حضرة الأصول ، ولأن الفروع أبدال ، ولا حكم للبدل مع وجود الأصل كما فى النظائر ، وشهادة المرأتين ليست بدلية لأن الآية خطاب للحكام ، كأنه قال لهم فاطلبوا شهيدين من رجالكم ، فان لم يكن وجاء رجل وامرأتان ترضونهم فاقبلوا شهادتهم . والعذر موت أو مرض أو سفر ، لأن الحاجة عند تعذّر شهادة الأصول وذلك فيما ذكرنا . أما الموت فظاهر وأما المرض فالمراد به مرض لايستطيع معه حضور مجلس القضاء . وأما السفر فمقدر بمدة السفر ، لأن بعد المسافة عذر ، والشرع قد اعتبر ذلك المدة حتى رتب عليها كثيرا من الأحكام . وقال أبو يوسف : إن أمكنه أن يحضر مجلس القضاء ويعود إلى أهله فى يومه فليس بعذر ، وإن لم يمكنه ذلك فهو عذر ، لأن البيتوتة ، فى غير أهله مشقة . قال أبو الليث : وبه نأخذ . قال (فإن عدلهم شهود الفرع جاز) لأنهم من أهل التزكية ، ومثله لو شهد اثنان فزكى أحدهما الآخر جاز ، ولا يكون ذلك تهمة فى حقه حيث أنه سبب قبول قوله فان العدل لايتهم بمثله . ألا ترى أنه لايتهم فى إقامة شهادته ؟ (وإن سكتوا عنهم جاز) ويسأل القاضى عنهم عند أبى يوسف ، لأن الواجب عليهم النقل دون التعديل ، فاذا نقلوها يتعرّف القاضى العدالة من غيرهم . وقال محمد : لا تقبل ، لأن الشهادة تعتمد العدالة فاذا سكتوا صاروا شاكين فيما شهدوا به فلا تقبل . قال (وإذا أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة الفروع) لأن من شرطها التحميل وقد وقع التعارض فيه فلا يثبت بالشك ؛ ولو ارتدّا شاهدا الأصل ثم أسلما ، لم تقبل شهادة الفروع ، لأن بالردّة بطل الإشهاد ؛ ولو ردّت شهادة الفروع لتهمة فى الأصول ، ثم تاب الأصول لم تقبل شهادة الأصول ولا الفروع ، لأن الفروع نقلوا شهادة الأصول ، فالمردود شهادة الأصول ؛ ويجوز شهادة الابن على شهادة الأب ، لأنه لامنفعة لابنه فى ذلك . قال (والتعريف يتمّ بذكر الجد أو الفخذ) لأن التعريف لابدّ منه ولا يحصل إلا بما ذكرنا ، لأن النسبة إلى القبيلة كبنى تميم لايحصل به التعريف لأنهم لايحصون فلا بدّ من التعريف بالفخذ وهى القبيلة الخاصة ،

وَالنِّسْبَةُ إلى المِصْرِ وَالمَحِلَّةِ الكَبِيرَةِ عامَّةٌ ، وَإلى السِكَّةِ الصَّغِيرَةِ خاصَّةٌ .

باب الرجوع عن الشهادة

وَلا يَصِحُّ إلاَّ فى مَجْلِسِ الحُكْمِ ، فانْ رَجَعُوا قَبْلَ الحُكْمِ بِهَا سَقَطَتْ ، وَبَعْدَهُ لَمْ يُفْسَخِ الحُكْمُ ، وَضَمِنُوا ما أتْلَفُوهُ بِشَهَادَتِهِم ، فانْ شَهِدَا بِمَالٍ فَقُضِيَ بِهِ ، وأخَذَهُ المُدَّعِى ثُمَّ رَجَعَا ضَمِناهُ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ،

وكذا ذكر الأب ، لأن كثيرا ما يقع الاشتراك فى اسم الإنسان واسم أبيه . أما الاشتراك مع ذلك فى اسم الجد فنادر فحصل به التعريف (والنسبة إلى المصر والمحلة الكبيرة عامة) لأنهم لايحصون (وإلى السكة الصغيرة خاصة) .

باب الرجوع عن الشهادة

الأصل فيه قول عمر رضى الله عنه فى كتاب القاضى : فلا يمنعك قضاء قضيته وراجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن ترجع فيه إلى الحقّ ، فان الحقّ قديم لايبطل ، والرجوع إلى الحقّ خير من التمادى فى الباطل ، فكذلك الشاهد لأن المعنى يجمعهما ، لأن الرجوع عن الشهادة الباطلة رجوع من الباطل إلى الحقّ ، والرجوع قوله شهدت بزور وما أشبهه ، وأصل آخر أن الشاهد بشهادته تسبب إلى إتلاف المال على المشهود عليه باخراجه من ملكه يدا وتصرّفا ، فان أزاله بغير عوض ضمن الجميع ، وإن كان بعوض إن كان مثلا له لاضمان عليه ، وإن كان أقلّ منه ضمن النقصان ، والقاضى ملجأ إلى القضاء من جهة الشهود فلايضاف الإتلاف إليه . قال (ولا يصحّ إلا فى مجلس الحكم) لأنه يحتاج فيه إلى حكم الحاكم بمقتضى الرجوع ، فلا بد من مجلس القاضى كما فى الشهادة ، ولأنه توبة والشهادة جناية ، فيشترط استواؤها فى الجهر والإخفاء ؛ ولو أقام المشهود عليه البينة أنهما رجعا لم تقبل ولا يحلفان ، فان قال رجعت عند قاض آخر كان هذا رجوعا مبتدأ عند القاضى . قال (فان رجعوا قبل الحكم بها سقطت) لأن الحقّ لايثبت إلا بالقضاء والقضاء بالشهادة وقد تناقضت . قال (وبعده لم يفسخ الحكم) لأن الشهادة والرجوع عنها سواء فى احتمال الصدق والكذب ، إلا أن الأوّل ترجح بالقضاء فلا ينقض بالثانى . قال (وضمنوا ما أتلفوه بشهادتهم) لإقرارهما بسبب الضمان على ما بيناه ، فلو شهد أنه قضاه دينه أو أبرأه منه فقضى به ثم رجعا ضمنا لما مرّ . قال (فان شهدا بمال فقضى به وأخذه المدعى ثم رجعا ضمناه للمشهود عليه) لوجود التسبب على وجه التعدّى ، وأنه موجب للضمان كحافر البئر ، ولا وجه إلى تضمين المدّعى لأن الحكم ماض ، ولا يضمن القاضى لما بينا ،

فانْ رَجَعَ أحَدُهُما ضَمِنَ النِّصْفَ ، والعِبْرَةُ فى الرُّجُوعِ لِمَنْ بَقِىَ لا لِمَنْ رَجَعَ ، فَلَوْ كانُوا ثَلاثَةً فَرَجَعَ واحِدٌ لاشَىْءَ عَلَيْهِ ، فانْ رَجَعَ آخَرُ ضَمِنا النِّصْفَ ، وَإنْ شَهِدَ رَجُلٌ وامْرأتانِ فَرَجَعَتْ واحِدَةٌ فَعَلَيْهَا رُبُعُ المَالِ ، وَإنْ رَجَعَتا ضَمِنَتا نِصْفَهُ ، وَلَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَعَشْرُ نِسْوَةٍ ثُمَّ رَجَعُوا فَعَلَى الرَّجُلِ السُّدُسُ وَعَلَيْهِنَّ خَمْسَةُ أسْدَاسِهِ (سم) ، وَلَوْ شَهِدَ رَجُلانِ وَامْرأةٌ ثُمَّ رَجَعُوا فالضَّمانُ عَلَى الرَّجُلَيْنِ خاصَّةً . شَهِدَا بِنِكاحٍ بِأقَلَّ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ ثُمَّ رَجَعا لاضَمانَ عَلَيْهِما ، وَإنْ كانَ بِأكْثَرَ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ ضَمِنا الزِّيادَةَ لِلزَّوْجِ ، وفى الطَّلاقِ إنْ كانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ضَمِنا نِصْفَ (ف) المَهْرِ وَإنْ كانَ بَعْدَهُ لَمْ يَضْمَنا (ف)

ولأن فى تضمينه منع الناس عن تقلد القضاء خوفا من الضمان ، ولو شهدا بعين ثم رجعا ضمنا قيمتها أقبضها المشهود له ، أو لم يقبضها لأنه ملكها بمجرّد القضاء ، والدين لايملكه إلا بالقبض . قال (فان رجع أحدهما ضمن النصف والعبرة فى الرجوع لمن بقى لالمن رجع) ألا يرى أنه إذا بقى من يقوم به الحقّ لااعتبار برجوع من رجع ، وقد بقى هنا من يقوم بشهادته نصف الحقّ ، فيضمن الراجع النصف لأنه أتلفه (فلو كانوا ثلاثة فرجع واحد لاشىء عليه) لبقاء من يبقى بشهادته جميع الحقّ (فان رجع آخر ضمنا النصف) لما مر . قال (وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت واحدة فعليها ربع المال ، وإن رجعتا ضمنتا نصفه ، ولو شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا ، فعلى الرجل السدس وعليهنّ خمسة أسداسه) وقالا : عليه النصف وعليهنّ النصف ، لأن النساء وإن كثرن فهنّ مقام رجل واحد ، لأنه لايثبت بهنّ إلا نصف الحقّ . ولأبى حنيفة رضى الله عنه : أن كل امرأتين مقام رجل قال صلى الله عليه وسلم « عدلت شهادة كل اثنتين بشهادة رجل واحد » فصار كشهادة ستة من الرجال ، ولو رجع النساء كلهنّ فعليهن النصف لماقلنا ، ولو رجع ثمان لاشىء عليهنّ ، ولو رجعت أخرى فعلى الراجعات الربع لما مرّ ، ولو رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحقّ ولا شىء على الراجعات لأنه بقى منهنّ من يقوم به نصف الحقّ (ولو شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان على الرجلين خاصة) لأن الحقّ ثبت بهما دونهما . قال (شهدا بنكاح بأقلّ من مهر المثل ثم رجعا لاضمان عليهما) لأن المنافع غير متقوّمة إلا بالتمليك بالعقد ، والضمان يستدعى المماثلة ، وإنما يتقوّم بالتمليك إظهارا لخطر المحلّ (وإن كان بأكثر من مهر المثل ضمنا الزيادة للزوج) لأنهما أتلفاها بغير عوض . قال (وفى الطلاق إن كان قبل الدخول ضمنا نصف المهر) لأنهما أكدا ماكان على شرف السقوط (وإن كان بعده لم يضمنا) لأن المهر تأكد بالدخول فلم تلفا شيئا . شهدا بالطلاق وآخران أنه دخل بها ثم رجعوا ضمن شهود الدخول ثلاثة أرباع المهر وشهود

وَإِذَا رَجَعَ شُهُودُ الْقِصَاصِ ضَمِنُوا الدِّيَةَ ، وَإِذَا رَجَعَ شُهُودُ الْفَرْعِ ضَمِنُوا ، وَإِنْ رَجَعَ شُهُودُ الأَصْلِ وَقَالُوا : لَمْ نُشْهِدْ شُهُودَ الْفَرْعِ لَمْ يَضْمَنُوا ، وَلَا ضَمَانَ عَلَى شُهُودِ الإِحْصَانِ ، وَإِنْ رَجَعَ شُهُودُ الْيَمِينِ ، وَشُهُودُ الشَّرْطِ فَالضَّمَانُ عَلَى شُهُودِ الْيَمِينِ وَإِذَا رَجَعَ الْمُزَكُّونَ ضَمِنُوا .

الطلاق ربعه ، لأن الفريقين اتفقا على النصف ، فيكون على كلّ فريق ربعه ، وانفرد شهود الدخول بالنصف فينفردون بضمانه ، وفى الشهادة بالعتق يضمنان القيمة لأنهما أتلفا مالية العبد من غير عوض والولاء له ، لأن العتق لم يتحوّل إليهما فلا يتحوّل الولاء ، ولو شهدا بالبيع ثم رجعا ضمنا القيمة لاالثمن ، لأنهما أتلفا المبيع لاالثمن ؛ ولو شهدا ببيع عبد ثم رجعا بعد القضاء وقيمة العبد أكثر من الثمن ضمنا الفضل ، ولو شهدا بالتدبير ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير . قال (وإذا رجع شهود القصاص ضمنوا الدية) ولا قصاص عليهم لأنه لم يوجد القتل مباشرة ، والتسبيب لايوجب القصاص كحافر البئر ، بخلاف الإكراه لأن المكره فيه مضطرّ إلى ذلك فانه يوثر حياته ، ولا كذلك الولىّ فانه مختار والاختيار يقطع التسبيب ، وإذا امتنع القصاص وجبت الدية ، لأن القتل بغير حقّ لايخلو عن أحد الموجبين ، ولو شهدا بالعفو عن القصاص ثم رجعا لم يضمنا ، لأن القصاص ليس بمال . قال (وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا) لأن التلف أضيف إليهم فانهم الذين ألجئوا القاضى إلى الحكم (وإن رجع شهود الأصل وقالوا : لم نشهد شهود الفرع لم يضمنوا) لأنهم أنكروا التسبيب وهو الإشهاد ، والقضاء ماض لأنه خبر محتمل ؛ ولو قالوا : أشهدناهم وغلطنا فلا ضمان عليهم . وقال محمد : يضمنون لأن الفروع نقلوا شهادتهم فصاروا كأنهم حضروا . ولهما أن القضاء وقع بما عاينه من الحجة وهى شهادة الفروع فيضاف إليهم ، ولو رجع الأصول والفروع جميعا فالضمان على الفروع عندهما لما بينا . وعند محمد إن شاء ضمن الأصول لما مرّ ، وإن شاء ضمن الفروع لما مرّ لهما ، والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما . قال (ولا ضمان على شهود الإحصان) لأن الإحصان شرط محض ، والحكم يضاف إلى العلة لاإلى الشرط . قال (وإن رجع شهود اليمين وشهود الشرط فالضمان على شهود اليمين) لأن السبب هو اليمين ، والتلف مضاف إلى من أثبت السبب دون الشرط ، فان القاضى يقضى بشهادة شهود اليمين دون شهود الشرط . وصورة المسئلة : شهد شاهدان أنه علق عتق عبده أو طلاق امرأته بدخول الدار ، وشهد شاهدان بالدخول والطلاق قبل الدخول تجب قيمه العبد ونصف المهر على شهود التعليق لأنه السبب . قال (وإذا رجع المزكون ضمنوا) وقالا : لايضمنون لأنهم أثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الإحصان . وله أن القاضى

كتاب الوكالة

وَلا تَصِحُّ حَتَّى يَكُونَ المُوَكِّلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ وَتَلْزَمُهُ الأَحْكَامُ ، وَالوَكِيلُ مِمَّنْ يَعْقِلُ العَقْدَ وَيَقْصِدُهُ ، وَكُلُّ عَقْدٍ جَازَ أَنْ يَعْقِدَهُ بِنَفْسِهِ جَازَ أَنْ يُوَكِّلَ بِهِ ،

إنما يعمل بالشهادة بالتزكية ، فهى علة العلة فيضاف الحكم إليها ، بخلاف شهود الإحصان لأنه شرط محض ، والله أعلم بالصواب .

كتاب الوكالة

وهى عبارة عن التفويض والاعتماد ، قال تعالى - ومن يتوكل على الله فهو حسبه - أى من اعتمد عليه وفوّض أمره إليه كفاه ، ورجل وكل إذا كان قليل البطش ضعيف الحركة يكل أمره إلى غيره فيما ينبغى أن يباشره بنفسه ؛ وقيل الوكالة فى اللغة : الحفظ ، قال تعالى - حسبنا الله ونعم الوكيل - أى نعم الحافظ . وقال أصحابنا : إذا قال وكلتك فى كذا فهو وكيل فى حفظه بقضية اللفظ ، ولا يثبت ما زاد عليه إلا بلفظ آخر ، وأنه قريب من الأوّل ، فان من اعتمد على إنسان فى شيء وفوّض فيه أمره إليه كان آمرا بحفظه ، لأنه إنما فعل ذلك لينظر ما هو الأصلح له ، وأصلح الأشياء حفظ الأصل ، لأن التصرّفات تبتنى عليه ، وهذه المعانى موجودة فى الوكالة الشرعية ، فان الموكل فوّض أمره إلى الوكيل واعتمد عليه ووثق برأيه ليتصرّف له التصرّف الأحسن ، وكل ذلك يبتنى على الحفظ وهو مشروع بالكتاب ، وهو قوله تعالى - فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة - وبالسنة ، وهو ماصحّ أنه صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء عروة البارقى ، وفى رواية أخرى : حكيم ابن حزام ، ووكل فى النكاح أيضا عمرو بن أمية الضمرى ، وعليه تعامل الناس من لدن الصدر الأوّل إلى يومنا من غير نكير ، ولأن الإنسان قد يعجز عن مباشرة بعض الأفعال بنفسه فيحتاج إلى التوكيل ، فوجب أن يشرع دفعا للحاجة .

قال (ولا تصحّ حتى يكون الموكل ممن يملك التصرّف وتلزمه الأحكام ، والوكيل ممن يعقل العقد ويقصده) لأن التوكيل استنابة واستعانة ، والوكيل يملك التصرّف بتمليك الموكل ، وتلزمه الأحكام ، فوجب أن يكون الموكل مالكا لذلك ليصحّ تمليكه ، والوكيل يقوم مقام الموكل فى الإيجاب والقبول ، فلا بدّ أن يكون من أهلهما ، فلو وكل صبيا لايعقل أو مجنونا فهو باطل ، ولو وكل صبيا عاقلا مأذونا أو عبدا مأذونا أو محجورا باذن مولاه جاز ، وكذلك إذا وكل المسلم ذميا أو بالعكس أو حربيا مستأمنا لما ذكرنا .

قال (وكلّ عقد جاز أن يعقده بنفسه جاز أن يوكل به) لما ذكرنا من الحاجة)

فيَجوزُ بالخُصُومَةِ فى جَميعِ الحُقُوقِ وَإيفائِها وَاسْتيفائِها إلاَّ الحُدُودَ (س) وَالقِصَاص فانَّهُ لايَجُوزُ اسْتِيفاؤُها مَعَ غَيْبَةِ المُوَكِّلِ ، ولا يَجُوزُ بالخُصُومَةِ إلاَّ بِرِضَاءِ الخَصْمِ ، إلاَّ أنْ يَكُونَ المُوَكِّلُ مَرِيضاً أوْ مُسافِراً ، وَكُلُّ عَقْدٍ يُضِيفُهُ الوَكِيلُ إلى نَفْسِهِ كالبَيْعِ وَالإجارَةِ وَالصُّلْحِ عَنْ إقْرارٍ تَتَعَلَّقُ حُقُوقُهُ بِهِ مِنْ تَسْلِيمِ المَبِيعِ وَنَقْدِ الثَّمَنِ والخُصُومَةِ فى العَيْبِ وَغَيْرِ ذلكَ ، إلاَّ العَبْدَ وَالصَّبِيَّ المَحْجُورَيْنِ ، فَتَجُوزُ عُقُودُهُما ، وَتَتَعَلَّقُ الحُقُوقُ بِمُوَكِّلِهِما .

(فيجوز بالخصومة فى جميع الحقوق وإيفائها واستيفائها) لما ذكرنا من الحاجة لأنه لايعرف ذلك كل أحد ، والدليل عليه الحديث المشهور « ولعلّ أحدكم أن يكون ألحن بحجته من بعض » وعلىّ رضى الله عنه وكل أخاه عقيلا وابن أخيه عبد الله بن جعفر . قال (إلا الحدود والقصاص فانه لايجوز استيفاؤها مع غيبة الموكل) لأن احتمال العفو ثابت للندب إليه وللشفقة على الجنس ، وأنه شبهة وأنها تندرئ بالشبهات ، بخلاف ما إذا حضر لانتفاء هذا الاحتمال . وقال أبو يوسف : لايجوز التوكيل باثبات الحدود والقصاص لأنها نيابة ، فيتحرّز عنها فى هذا الباب كالشهادة على الشهادة . ولأبى حنيفة رحمه الله أن الجناية سبب الوجوب والظهور يضاف إلى الشهادة ، والخصومة شرط ، فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق ، بخلاف الاستيفاء على ما بينا . قال (ولا يجوز بالخصومة إلا برضاء الخصم ، إلا أن يكون الموكل مريضا أو مسافرا) وقالا : يجوز بغير رضاه ، ومعناه : أنه لايجب على الخصم إلا الوكيل عنده وعندهما يجب ، لما روى أن عليا رضى الله عنه وكل بالخصومة مطلقا ، ولأنه توكيل بحقّ فيجوز كالتوكيل باستيفاء الدين . ولأبى حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام « يا علىّ لاتقض لأحد الخصمين حتى يحضر الآخر » وفى رواية « حتى تسمع كلام الآخر » فيشترط حضوره أو استماع كلامه ، ولأن الخصومة تلزم المطلوب حتى يجب عليه الحضور والجواب ، فلا يجوز أن يحيله على غيره بغير رضاه كالدين . ولأن الناس يتفاوتون فى الخصومة ، فلعلّ الوكيل يكون أشدّ خصاما وأكثر احتجاجا فيتضرّر الخصم بذلك فلا يلزمه إلا برضاه ، بخلاف المريض العاجز عن الخصومة ، فانه لايستحقّ عليه الحضور ، وكذلك المسافر ، لأن فى تكليفه السفر مشقة فلا يلزمه الحضور فجاز لهما التوكيل ، ولا فرق فى ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة البكر والثيب ، واستحسن المتأخرون أن المرأة إذا كانت مخدرة جاز توكيلها بغير رضاء الخصم لعجزها عن الخصومة بسبب الحياء والدهشة . قال (وكلّ عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة والصلح عن إقرار تتعلق حقوقه به ، من تسليم المبيع ونقد الثمن والخصومة فى العيب وغير ذلك ، إلا العبد والصبىّ المحجورين فتجوز عقودهما ، وتتعلق الحقوق بموكلهما) لأن الوكيل هو العاقد ،

وَإذَا سُلِّمَ المَبِيعُ إلى المُوَكِّلِ لايَرُدُّهُ الوَكِيلُ بِعَيْبٍ إلاَّ بإذْنِهِ ، وَلِلْمُشْتَرِى أنْ يَمْتَنِعَ مِنْ دَفْعِ الثَّمَنِ إلى المُوَكِّلِ ، فانْ دَفَعَهُ إلَيْهِ جازَ ، وَكُلُّ عَقْدٍ يُضِيفُهُ إلى مُوَكِّلِهِ فَحُقُوقُهُ تَتَعَلَّقُ بِمُوَكِّلِهِ : كالنِّكاحِ وَالخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ وَالعِتْقِ عَلى مالٍ وَالكِتابَةِ وَالصُّلْحِ عَنْ إنْكارٍ وَالهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالإعارَةِ وَالإيداعِ وَالرَّهْنِ وَالإقْراضِ وَالشَّرِكَةِ وَالمُضارَبَةِ .

ولا يفتقر فى هذه العقود إلى ذكر الموكل ، والعاقد الآخر اعتمد رجوع الحقوق إليه ، فلولم ترجع إليه يتضرّر على تقدير كون الموكل مفلسا ، أو من لايقدر على مطالبته واستيفاء الثمن منه وأنه منتف ، بخلاف النكاح وأخواته فانه لابدّ من ذكر الموكل وإسناد العقد إليه فلا ضرر حينئذ ، وكذلك الرسول لأنه يضيف العقد إلى مرسله ، ولأن الوكيل هو العاقد حقيقة بكلامه ، وحكما لعدم إضافة العقد إلى غيره فيكون أصلا فى الحقوق ، ثم يثبت الملك للموكل خلافة نظرا إلى التوكيل السابق كالعبد يتهب أو يصطاد . أما الصبىّ والعبد فينفذ تصرّفهما لأنهما من أهله ، حتّى لو كانا مأذونين جاز على ما مرّ فى الحجر ، إلا أن الحقوق لاتتعلق بهما لأنهما ليسا من أهل التبرّعات والتزام العهدة لقصور أهلية الصبىّ ولحقّ السيد فيلزم الموكل . وعن أبى يوسف لو علم العاقد الآخر أنه محجور عليه بعد العقد فله خيار العيب لاعتقاده رجوع الحقوق إلى العاقد ، وقد فاته فيتخير . قال (وإذا سلم المبيع إلى الموكل لايردّه الوكيل بعيب إلا باذنه) لأنه تعلق به حقّ الموكل وانتقل الملك إليه فصار كما إذا باعه من آخر . قال (وللمشترى أن يمتنع من دفع الثمن إلى الموكل) لما بينا أن الحقوق راجعة إلى الوكيل فهو أجنبى من العقد (فان دفعه إليه جاز) لأنه حقه ، وليس للوكيل أن يطالبه به ، إذ لافائدة فى الأخذ منه ثم يدفعه إليه ، ولو كان للمشترى عليهما دين أو على الموكل تقع المقاصة بدين الموكل لما بينا أنه حقه ، وتقع المقاصة بدين الوكيل لوكان وحده ، لأنه يملك الإبراء عنه اكن يضمنه للموكل . قال (وكلّ عقد يضيفه إلى موكله فحقوقه تتعلق بموكله : كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد) فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ، ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها ، ولا بدل الخلع ، لأن الوكيل سفير ، ولهذا لابدّ له من ذكر الموكل وإسناد العقد إليه ، حتّى لو أضاف العقد إلى نفسه كان النكاح واقعا له لالموكله كالرسول والخلع ، والصلح عن دم العمد إسقاط كما يوجد يتلاشى فلا يمكن صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره (و) على هذا (العتق على مال والكتابة والصلح عن إنكار والهبة والصدقة والإعارة والإيداع والرهن والإقراض والشركة والمضاربة) لأن الحكم يثبت فى هذه الأشياء بالقبض . وأنه يلاقى محلا مملوكا للموكل فكان

وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلاً بِشِرَاءِ شَيْءٍ يَنْبَغِي أَنْ يَذْكُرَ صِفَتَهُ وَجِنْسَهُ أَوْ مَبْلَغَ ثَمَنِهِ ، إلاَّ أنْ يَقُولَ لَهُ ابْتَعْ لِى ما رأيْتَ ؛ وَإنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لَيْسَ لَهُ أنْ يَشْتَرِيَهُ لِنَفْسِهِ ، فانِ اشْتَرَاهُ بِغَيْرِ النَّقْدَيْنِ أوْ بِخِلافِ ما سَمَّى لَهُ مِنْ جِنْسِ الثَّمَنِ أوْ وَكَّلَ آخَرَ بِشِرَائِهِ وَقَعَ الشِّرَاءُ لَهُ ،

سفيرا ، وكذا لو كان وكيلا من الجانب الآخر لأنه يضيف العقد إلى المالك إلا فى الاستقراض فإن التوكيل به باطل ، ولا يثبت الملك فيه للموكل بخلاف الرسول .

فصـــل

الجهالة ثلاثة أنواع : فاحشة ، ويسيرة ، وبينهما . فالأولى جهالة الجنس كالتوكيل بشراء ثوب أو دابة فإنه لايصح وإن سمى الثمن ، لأنه لايمكن الوكيل امتثال ما وكله به لتفاوته تفاوتا فاحشا . والثانية جهالة النوع والصفة كالحمار والفرس وقفيز حنطة وثوب هروى ، فانه يصحّ وإن لم يقدّر الثمن ، لأن الوكيل يقدر على تحصيل مقصوده وتتعين الصفة بحال الموكل ، واختلاف الصفة لايوجب اختلاف المقصود ، فصار كأنه وكله بشراء ثوب هروى بأىّ صفة كان وبالثمن المعتاد ، وقد صحّ « أن النبىّ صلى الله عليه وسلم وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للأضحية » . والثالثة التوكيل بشراء عبد أو جارية أو دار إن سمى الثمن صحّ وإلا فلا ، لأن الجمال منفعة مقصودة من بنى آدم ، ويختلف فى ذلك الهندى والتركى ، فاذا سمى الثمن ألحقناه بمجهول النوع ، وإن لم يسمّ ألحقناه بجهالة الجنس لأن بالتسمية يصير معلوم النوع عادة ، فإن ثمن كل نوع معلوم عادة . قال (ومن وكل رجلا بشراء شىء ينبغى أن يذكر صفته وجنسه أو مبلغ ثمنه) لأن بذلك يصير معلوما فيقدر الوكيل عليه (إلا أن يقول له : ابتع لى ما رأيت) لأنه فوّض الأمر إلى رأيه ، فأىّ شىء اشترى كان مؤتمرا . قال (وإن وكله بشراء شىء بعينه ليس له أن يشتريه لنفسه) لأن الآمر اعتمد عليه فى شرائه فيصير كأنه قد خدعه بقبول الوكالة ليشتريه لنفسه وأنه لايجوز (فإن اشتراه بغير النقدين أو بخلاف ما سمى له من جنس الثمن أو وكل آخر بشرائه وقع الشراء له) لأنه خالف أمر الموكل فوقع له ، لأن الوكيل بالشراء لايجوز له أن يشترى إلا بالدراهم والدنانير لأنه المعروف ، والمعروف كالمشروط . وقال زفر : إذا اشتراه بكيلى أو وزنى يقع للموكل لأنه شراء من كلّ وجه لتعلقه بالذمة كالنقدين ، بخلاف ما إذا اشتراه بعين لايثبت فى الذمة ، لأنه بيع من وجه شراء من وجه . ولنا أنه ينصرف إلى المتعارف عند الإطلاق وهو النقدان فيتقيد به ، ولو عقد الوكيل الثانى بحضرة الأوّل لزم

وَإِنْ كان بِغَيْرِ عَيْنِهِ فاشْتَرَاهُ فَهُوَ لَهُ ، إلاَّ أنْ يَدْفَعَ الثَّمَنَ مِنْ مالِ المُوَكِّلِ أوْ يَنْوِيَ الشِّرَاءَ لَهُ ، وَالوَكِيلُ فى الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ تُعْتَبَرُ مُفارَقَتُهُ لامُفارَقَةُ المُوَكِّلِ ، وَإنْ دَفَعَ إليْهِ دَرَاهِمَ لِيَشْتَرِيَ بِهَا طَعَاما فَهُوَ عَلَى الحِنْطَةِ وَدَقِيقِها ؛ وَقِيلَ إنْ كانَتْ كَثِيرَةً فَعَلَى الحِنْطَةِ ، وَقَلِيلَةً فَعَلَى الخُبْزِ ، وَمُتَوَسِّطَةً فَعَلَى الدَّقِيقِ ؛ وَإنْ دَفَعَ الوَكِيلُ الثَّمَنَ مِنْ مالِهِ فَلَهُ حَبْسُ المَبِيعِ حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَنَ ، فإنْ حَبَسَهُ وَهَلَكَ فَهُوَ كالمَبِيعِ (س ز) وَإنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَشَرَةِ أرْطالِ لَحْمٍ بِدِرْهَمٍ فاشْتَرَى عِشْرِينَ

الموكل لأنه برأيه فلم يكن مخالفا . قال (وإن كان بغير عينه فاشتراه فهو له ، إلا أن يدفع الثمن من مال الموكل ، أو ينوى الشراء له) وهذا لايخلو ، إما إن أضاف العقد إلى دراهم الآمر أو نقد الثمن من مال الآمر فيقع للامر عملا بالظاهر ، وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه عملا بالمعتاد ، فإن الشراء وإضافة العقد إلى دراهمه معتاد غير مستنكر شرعا ، وإن أضافه إلى مطلق الدراهم فان نواه للآمر فله ، وإن نواه لنفسه فلنفسه ، لأن له أن يعمل لنفسه وللآمر ، وإن تكاذبا فى النية يحكم النقض لأنه دليل وإن توافقا على عدم النية ، قال محمد : هو للعاقد عملا بالأصل ، وقال أبو يوسف : يحكم النقد لاحتمال الوجهين والوكيل بشراء شيء بعينه يقع العقد والملك للموكل وإن لم يضف العقد إليه إلا فى مسألة ، وهو ما إذا قال لعبد غيره : اشتر لى نفسك من مولاك ، فقال لمولاه : بعنى نفسى من فلان ، فباعه فهو للآمر لأنه يصلح وكيلا عنه فى ذلك لأنه أجنبيّ عن ماليته ، وإن وجد به عيبا إن علم به العبد لايرده ، لأن علم الوكيل كعلم الموكل ، وإن لم يعلم فالردّ للعبد ، وإن لم يقل من فلان عتق لأن بيع العبد من نفسه إعتاق . أمره أن يشترى له كرّ حنطة من قرية كذا ، فالحمل على الآمر لجريان العادة أوالعرف بذلك . قال (والوكيل فى الصرف والسلم تعتبر مفارقته لامفارقة الموكل) لما ذكرنا أن الحقوق ترجع إليه ، ومراده الوكالة بالإسلام لابالقبول ، فانه لايجوز أن يبيع الوكيل فى ذمته على أن يكون الثمن لغيره . قال (وإن دفع إليه دراهم ليشترى بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها) اعتبارا بالعرف (وقيل إن كانت كثيرة فعلى الحنطة ، وقليلة فعلى الخبز ، ومتوسطة فعلى الدقيق) اعتبارا بالعرف أيضا ، وإن كان فى موضع يتعارفون أكل غير الحنطة وخبزها فعلى ما يتعارفونه . قال (وإن دفع الوكيل الثمن من ماله فله حبس المبيع حتى يقبض الثمن) لأنه بمنزلة البائع من الموكل حكما حتى يردّه الموكل على الوكيل بالعيب ، ولو اختلفا فى الثمن تحالفا (فإن حبسه وهلك فهو كالمبيع) لما قلنا . وقال أبو يوسف : كالرهن لأنه حبسه للاستيفاء بعد أن لم يكن محبوسا وهو معنى الرهن . قال (وإن وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين

مِمَّا يُبَاعُ مِنْهُ عَشَرَةٌ بِدِرْهَمٍ لَزِمَ الْمُوَكِّلَ عَشَرَةٌ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ . وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِالْقَلِيلِ (سم) وَبِالنَّسِيئَةِ (سم) وَبِالعَرَضِ (سم) ، وَيَأْخُذُ بِالثَّمَنِ رَهْنًا (سم) وَكَفِيلاً . وَلَا يَصِحُّ ضَمَانُهُ الثَّمَنَ عَنِ الْمُشْتَرِي ، وَالْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ لَا يَجُوزُ شِرَاؤُهُ إِلَّا بِقِيمَةِ الْمِثْلِ وَزِيَادَةٍ يُتَغَابَنُ فِيهَا ، وَمَا لَا يُتَغَابَنُ فِيهِ فِي الْعُرُوضِ ، فِي الْعَشَرَةِ زِيَادَةُ نِصْفِ دِرْهَمٍ ، وَفِي الْحَيَوَانِ دِرْهَمٍ ، وَفِي الْعَقَارِ دِرْهَمَيْنِ ،

مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل عشرة بنصف درهم) وقالا : يلزمه العشرون لأنه أمره بالشراء بدرهم بناء على أن سعر اللحم عشرة بدرهم فقد زاده خيرا كما إذا وكله ببيع عبده بألف درهم فباعه بألفين . ولأبى حنيفة رحمه الله : أن المقصود إنما هو اللحم لا لإخراج الدرهم ، وقصده تعلق بعشرة أرطال لحم فتبقى الزيادة للوكيل ، بخلاف مسألة العبد ، لأن المقصود بيعه ، والزائد حصل بدل ملكه فيكون له ، ولو اشترى من لحم يساوى عشرين رطلا بدرهم فهو مخالف لعدم حصول المقصود وهو السمين وهذا هزيل فلا يلزمه . قال (والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل وبالنسيئة وبالعرض ، ويأخذ بالثمن رهنا وكفيلا) وقالا : لا يجوز إلا بمثل القيمة حالا أو بما يتغابن فيه ، ولا يجوز إلا بالأثمان لأن الأمر عند الإطلاق ينصرف إلى المعتاد ، كما إذا أمره بشراء الفحم يتقيد بالشتاء وبالجمد (١) بالصيف وغير ذلك ، والمتعارف هو ثمن المثل وبالنقدين . ولأبى حنيفة رحمه الله أنه وكله بمطلق البيع ، وقد أتى به فيجوز إلا عند التهمة ، على أن البيع بالغبن متعارف عند الحاجة إلى الثمن ، وكذلك البيع بالغبن عند كراهة المبيع . وعن أبى حنيفة رحمه الله المنع فيما ذكرا من المسائل ، ولأنه بيع من كل وجه حتى يحنث به فى قوله لا يبيع ، وإنما لا يملكه الوصيّ والأب مع كونه بيعا ؛ لأن ولايتهما نظرية ، ولا نظر فى البيع بالغبن . قال (ولا يصح ضمانه الثمن عن المشترى) لأن الحقوق ترجع إليه فيكون مطالبا ومطالبا وأنه محال . قال (والوكيل بالشراء لا يجوز شراؤه إلا بقيمة المثل وزيادة يتغابن فيها) لاحتمال التهمة وهو أنه يجوز أنه اشتراه لنفسه ثم وجده ، أو غالى الثمن فألحقه بالموكل ولا كذلك فى البيع ، لأنه لا يجوز أن يبيعه لنفسه فلا تهمة ، ولو أنه وكله بشراء شىء بعينه جاز ، لأنه لا يجوز أن يشتريه لنفسه لما مرّ فانتفت التهمة ، وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوّجه بأكثر من مهر المثل جاز على الموكل لانتفاء التهمة لأنه لا يجوز أن يتزوجها ، بخلاف الوكيل بمطلق الشراء ، وعندهما يتقيد فى الكل بثمن المثل ومهر المثل (وما لا يتغابن فيه فى العروض فى العشرة زيادة نصف درهم ، وفى الحيوان درهم ، وفى العقار درهمين) لأن قلة الغبن وكثرته بقلة التصرّف وكثرته والتصرّف

---

(١) الجمد بفتح الجيم والميم : الثلج المتجمد اهـ .

وَلَوْ وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدٍ فَبَاعَ نِصْفَهُ (سم) جازَ (ز) ، وفِي الشِّرَاءِ يُتَوَقَّفُ ، فانِ اشْتَرَى باقِيَهُ قَبْلَ أنْ يَخْتَصِما جازَ . ولا يَعْقِدُ الوَكِيلُ مَعَ مَنْ لاتُقْبَلُ شَهادَتُهُ لَهُ إلاَّ أنْ يَبِيعَهُ بِأكْثَرَ مِنَ القِيمَةِ ، ولَيْسَ لِأحَدِ الوَكِيلَيْنِ أنْ يَتَصَرَّفَ دُونَ رَفِيقِهِ (س) إلاَّ فِى الخُصُومَةِ (ز) والطَّلاقِ والعَتاقِ بِغَيْرِ عِوَضٍ ، ورَدِّ الوَدِيعَةِ ،

فى العروض أكثر ، ثم فى الحيوان ، ثم فى العقار . قال (ولو وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز) وقالا : لايجوز لما فيه من تعييبه بالشركة ، وله أنه لو باع جميعه بهذا القدر جاز عنده فهذا أولى ، ولو باع باقيه قبل أن يختصما جاز عندهما ، لأن بيع البعض قد يكون وسيلة إلى بيع الباقى بأن لايجد من يشتريه جملة (وفى الشراء يتوقف ،فان اشترى باقيه قبل أن يختصما جاز) وقال زفر : إذا اشترى نصفه يقع للوكيل بكلّ حال لأنه صار مخالفا بشراء النصف فيقع له ، ويقع الثانى له أيضا . ولنا أن شراء الكلّ قد يتعذر جملة واحدة بأن يكون مشتركا بين جماعة فيشترى شقصا شقصا ، فان اشترى باقيه قبل أن يرد الموكل البيع تبين أنه اشترى البعض ليتوسل به إلى شراء الباقى فلا يكون مخالفا فينفذ على الموكل . أمره بالبيع الفاسد فباع جائزا جاز ، وقال محمد: لايجوز للمخالفة فانه أمره ببيع يملك نقضه ولا يزيل ملكه بالعقد ، وصار كما إذا أمره بالبيع بشرط الخيار فباعه باتا . ولهما أنه أمره بالبيع ، وأن يشترط شرطا فاسدا ، والأمر بالبيع صحيح وباشتراط شرط فاسد باطل ، فصار أمرا بمطلق البيع فينصرف إلى الصحيح ، ولا نسلم أن البيع الفاسد يقدر على نقضه مطلقا فانه لو باع العبد من قريبه وقبضه عتق عليه ، وكذا قد يزول الملك بنفس العقد بأن يكون المبيع فى يد المشترى . قال (ولا يعقد الوكيل مع من لاتقبل شهادته له إلا أن يبيعه بأكثر من القيمة) وعندهما يجوز بمثل القيمة إلا من عبده ومكاتبه لعدم التهمة إذ الأملاك بينهم منقطعة . أما العبد فيقع البيع لنفسه ، وكذا المكاتب لثبوت الحقّ للمولى فى كسبه حال الكتابة وحقيقة لعجزه . وله أنه موضع تهمة بدليل عدم قبول الشهادة ، وموضع التهمة مستثنى من الوكالة ، ولأنّ المنافع بينهم متصلة فشابه البيع من نفسه ، وعلى هذا الخلاف الإجارة فاذا كان البيع بأكثر من القيمة لاتهمة . قال (وليس لأحد الوكيلين أن يتصرف دون رفيقه إلا فى الخصومة) لأنه مارضى إلا برأيهما ، واجتماع الرأى له أثر فى توفير المصلحة أما ما لاتأثير له فى اجتماع الرأى فيه وما لايمكن الاجتماع عليه يجوز أن ينفرد به أحدهما كالخصومة ، فانه لايمكن اجتماعهما عليها (والطلاق ، والعتاق بغير عوض ، وردّ الوديعة

وَقَضَاءِ الدَّيْنِ ، وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكِّلَ إِلاَّ بِإِذْنِ الْمُوَكِّلِ أَوْ بِقَوْلِهِ : اعْمَلْ بِرَأْيِكَ ، وَإِنْ وَكَّلَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ فَعَقَدَ الثَّانِى بِحَضْرَةِ الأَوَّلِ جَازَ ، وَلِلْمُوَكِّلِ عَزْلُ وَكِيلِهِ ، وَيَتَوَقَّفُ عَلَى عِلْمِهِ ، وَتَبْطُلُ الْوَكَالَةُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا وَجُنُونِهِ جُنُونًا مُطْبِقًا ، وَلَحَاقِهِ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا . وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتَبُ أَوْ حُجِرَ

وقضاء الدين) لأن اجتماع الرأى لاتأثير له فى ذلك . قال (وليس للوكيل أن يوكل إلا باذن الموكل أو بقوله اعمل برأيك) لأنه ما رضى إلا برأيه والناس يتفاوتون فى الآراء ، فاذا أذن له أو قال اعمل برأيك فقد فوض إليك الأمر مطلقا ورضى بذلك ، فاذا أجاز كان وكيلا عن الموكل الأوّل لأنه يعمل له ولا ينعزل بعزل الوكيل الأوّل ولا بموته ، وهو نظير القاضى إذا استخلف قاضيا ، وقد مرّ (وإن وكل بغير أمره فعقد الثانى بحضرة الأوّل جاز) وقال زفر : لايجوز لأن التوكيل ما صحّ فصار كما إذا عقد بغيبته . ولنا أنه إنما جاز برأيه والموكل راض به ، وكذا إذا عقد فى غيبة الأوّل فأجاز ، وهكذا كلّ عقد معاوضة ، وما ليس بمعاوضة كالنكاح والطلاق لايجوز باجازته ، لأنه لايتوقف على إجازة الوكيل لأنه سفير لايتعلق به حقوق العقد ، بل يتوقف على إجازة الموكل وقد عرف . قال (وللموكل عزل وكيله) لأن الوكالة حقه فله أن يبطلها ، إلا أن يتعلق بها حقّ الغير كالوكالة المشروطة فى بيع الرهن ونحوه ، فليس له عزله لما فيه من إبطال حق الغير (ويتوقف على علمه) اعتبارا بنهى صاحب الشرع ، ولأنه لو انعزل بدون علمه يتضرّر ، لأن الحقوق ترجع إليه فيتصرّف فى مال الموكل بناء على الوكالة فينقد الثمن ويسلم المبيع فيضمنه ، وأنه ضرر به وهو نظير الحجر على المأذون ، وكذلك لو عزل الوكيل نفسه لاينعزل بدون علم الموكل ، لأنه عقد تمّ بهما ، وقد تعلق به حق كلّ واحد منهما ، ففى إبطاله بدون علم أحدهما إضرار به . قال (وتبطل الوكالة بموت أحدهما وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدّا) أما الموت فلإبطال الأهلية ولأن الأمر يبطل بالموت ، وكذلك الجنون ، وكذلك ملك الموكل يزول بموته إلى الورثة ، واللحاق مع الردّة موت حكما ، ولو جنّ يوما ويفيق يوما لايبطل لأنه فى معنى الإغماء ، لأنه عجز يحتمل الزوال كالعجز بالنوم والإغماء . وعن أبى يوسف لاينعزل حتى يجنّ أكثر السنة ، لأنه متى دام كذلك لايزول غالبا فصار كالموت ، وعن محمد سنة وهو الصحيح ، لأنه إن كان لعلة أو مرض يزول أو يتغير فى سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة من حرارة الهواء وبرودته ويبسه ورطوبته ، فاذا لم يزل فيها فالظاهر دوامه ؛ ولو لحق الموكل أو الوكيل بدار الحرب مرتدّا ثم عاد لاتعود الوكالة للحكم ببطلانها . وقال محمد : تعود كالمريض إذا برأ والمجنون إذا أفاق . قال (وإذا عجز المكاتب أو حجر

عَلَى المَأْذُونِ أَوِ افْتَرَقَ الشَّرِيكَانِ بَطَلَ تَوْكِيلُهُمْ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ الوَكِيلُ ؛ وَإِذَا تَصَرَّفَ المُوَكِّلُ فِيمَا وَكَّلَ بِهِ بَطَلَتِ الوَكَالَةُ . وَالوَكِيلُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ وَكِيلٌ بِالخُصُومَةِ (سم) فِيهِ ، وَالوَكِيلُ بِالخُصُومَةِ وَكِيلٌ بِالقَبْضِ خِلَافًا لِزُفَرَ ،

على المأذون أو افترق الشريكان بطل توكيلهم وإن لم يعلم به الوكيل) لأن بهذه العوارض لم يبق للموكل مال وانتقل إلى غيره فيقع تصرف الوكيل فى مال الغير بغير أمره فلا يجوز وصار كالموت ؛ ولو وكله وقال : كلما عزلتك فأنت وكيلى صح ويكون لازما ، وطريق عزله أن يقول : عزلتك كلما وكلتك ؛ وقيل لاينعزل بذلك ، لأن العزل عن الوكالة المعلقة لايصح ، والأصح أن يقول : رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجز قال (وإذا تصرف الموكل فيما وكل به بطلت الوكالة) والمراد تصرفا يعجز الوكيل عن البيع لأنه عزل حكما ، وذلك كالبيع والهبة مع التسليم والإعتاق والتدبير والكتابة والاستيلاد ، وإذا كان تصرفا لايعجزه لاينعزل ، كما إذا أذن للعبد فى التجارة أو رهنه أو آجره ، لأنه لايعجزه عن عقد يوجب الملك للمشترى ، ولو وكله ببيع عبد فباعه الموكل بطلت الوكالة ولو باعاه معا . قال محمد : هو للمشترى من الموكل لأنه باع ملكه فكان أولى . وعند أبى يوسف هو بينهما ، لأن بيع الوكيل مثل بيع الموكل عنده ، ألا ترى أنه لو تقدم يطل ببيع الموكل كما إذا تقدم بيع الموكل بطل بيع الوكيل ، وإذا استويا كان بينهما لعدم الأولوية . قال (والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة فيه) خلافا لهما ، وبقبض العين لايكون وكيلا بالخصومة فيها بالإجماع . لهما أنه ليس كل من يصلح للقبض يعرف الخصومة ويهتدى إلى المحاكمة ، فلا يكون الرضى بالقبض رضا بالخصومة . وله أنه وكله بأخذ الدين من ماله ، لأن قبض نفس الدين لايتصور ، ولهذا قلنا إن الديون تقضى بأمثالها لأن المقبوض ملك المطلوب حقيقة ، وبالقبض يتملكه بدلا عن الدين ، فيكون وكيلا فى حق التمليك ، ولا ذلك إلا بالخصومة وصار كالوكيل بأخذ الشفعة ، وثمرته إذا أقام الخصم البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده خلافا لهما أما فى العين فهو ناقل لأنها أمانة فى يد المطلوب ؛ ولو أقام البينة أن الموكل باعه إياها سمعت فى منع الوكيل من القبض دون البيع ، لأن الوكيل ليس بخصم إلا أنها تضمنت إسقاط حقه من القبض فيقتصر عليه ، ونظيره لو وكله بنقل زوجته أو عبده فأقاما البينة على العتق والطلاق سمعت فى قصر يده عنهما ، ولا يثبت العتق ولا الطلاق لما قلنا ، والوكيل بطلب الشفعة والرد بالعيب والقسمة يملك الخصومة ، لأنه لايتوصل إلى ذلك إلا بالخصومة . قال (والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر) لأنه رضى بخصومته لابقبضه ، وليس كل من يصلح للخصومة يؤتمن على القبض . ولنا أن المقصود من الخصومة استيفاء الدين فكان المقصود من الوكالة

وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِ زُفَرَ ، وَلَوْ أَقَرَّ الْوَكِيلُ عَلَى مُوَكِّلِهِ عِنْدَ الْقَاضِي نَفَذَ ، وَإِلاَّ فَلا (س ف) . ادَّعَى أَنَّهُ وَكِيلُ الْغَائِبِ فِى قَبْضِ دَيْنِهِ وَصَدَّقَهُ الْغَرِيمُ أُمِرَ بِدَفْعِهِ (ف) إِلَيْهِ ، فَإِنْ جَاءَ الْغَائِبُ فَإِنْ صَدَّقَهُ وَإِلاَّ دَفَعَ إِلَيْهِ ثَانِيًا وَرَجَعَ عَلَى الْوَكِيلِ إِنْ كَانَ فِى يَدِهِ ، وَإِنْ كَانَ هَالِكًا لايَرْجِعُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ دَفَعَهُ إِلَيْهِ وَلَمْ يُصَدِّقْهُ ،

الاستيفاء فيملكه (والفتوى على قول زفر) لفساد الزمان وكثرة ظهور الخيانة فى الناس ، والوكيل بالتقاضى يملك القبض بالإجماع ، لأنه لافائدة للتقاضى بدون القبض . قال (ولو أقرّ الوكيل على موكله عند القاضى نفذ وإلا فلا) وقال أبو يوسف : أولا لاينفذ أصلا وهو قول زفر ، ثم رجع وقال : يجوز فى مجلس القاضى وغيره . لزفر أن الإقرار يضادّ الخصومة ، والشيء لايتناول ضدّه كما لايتناول الصلح والإبراء . ولأبى يوسف أن الوكيل قائم مقام الموكل فيجوز إقراره عند القاضى وغيره كالموكل . ولهما أنه أقامه مقامه فى جواب هو خصومة فيتقيد بمجلس القاضى ، فاذا أقرّ فى غير مجلسه فقد أقرّ فى حالة ليس وكيلا فيها . وجواب زفر أنه وكله بالجواب ، والجواب يكون بالإنكار ويكون بالإقرار ، وكما يملك أحدهما بمطلق الوكالة يملك الآخر فصار كما إذا أقرّ أنه قبضه بنفسه ، والإقرار فى مجلس القاضى خصومة مجازا ، لأن الخصومة سبب له ، وتبطل وكالته عند من قال لايصحّ إقراره ، لأن الإقرار تضمن إبطال حقّ الموكل ولا يملكه ، وإبطال حقه فى الخصومة وأنه يملكه فيبطل ، والأب والوصىّ لايصحّ إقرارهما على الصغير بالإجماع ، لأنه لايصح إقرار الصغير فكذا نائبه ، ولأن ولايتهما نظرية ولا نظر فيه . وذكر محمد رحمه الله فى الزيادات لو وكله على أن لايقرّ جاز من غير فصل . وروى ابن سماعة عن محمد أنه يجوز إن كان طالبا ، لأنه لايجبر على الخصومة فيوكل بما يشاء ، وإن كان مطلوبا لايجوز لأنه يجبر على الخصومة فلا يوكل بما فيه إضرار بالطالب . قال (ادّعى أنه وكيل الغائب فى قبض دينه وصدقه الغريم أمر بدفعه إليه) لأنه إقرار على نفسه ، لأن ما يقبضه إنما يقبضه من ماله لما بينا أن الديون تقضى بأمثالها (فإن جاء الغائب فان صدقه وإلا دفع إليه ثانيا) لأنه لما أنكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء (ورجع على الوكيل إن كان فى يده) لأنه لم يحصل غرضه بالدفع وهو براءة ذمته من الديون (وإن كان هالكا لايرجع) لأنه لما صدقه فى الوكالة فقد اعترف أنه قبضه بحقّ وأن الطالب ظالم له . قال (إلا أن يكون دفعه إليه ولم يصدقه) لأنه دفعه رجاء الإجازة ، فاذا لم يحصل له ذلك رجع عليه . وكذلك إن أعطاه مع تكذيبه إياه ، وكذلك إن أعطاه مع تصديقه وقد ضمنه عند الدفع : أى أخذ منه كفيلا بذلك ، لأن المأخوذ ثانيا مضمون على الوكيل فى زعمهما فيضمنه ، وفى جميع هذه الوجوه ليس

وَإِنِ ادَّعَى أَنَّهُ وَكِيلُهُ فِى قَبْضِ الْوَدِيعَةِ لَمْ يُؤْمَرْ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ وَإِنْ صَدَّقَهُ ؛ وَلَوْ قَالَ : مَاتَ الْمُودِعُ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ وَصَدَّقَهُ أُمِرَ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ ، وَلَوِ ادَّعَى الشِّرَاءَ مِنَ الْمُودِعِ وَصَدَّقَهُ لَمْ يَدْفَعْهَا إِلَيْهِ .

كتاب الكفالة

وَهِيَ ضَمُّ ذِمَّةِ الْكَفِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْأَصِيلِ فِى الْمُطَالَبَةِ ،

للدافع استرداد ما دفع مالم يحضر الغائب ، لأنه صار حقا للغائب قطعا أو محتملا . قال (وإن ادّعى أنه وكيله فى قبض الوديعة لم يؤمر بالدفع إليه وإن صدقه) لأنها مال الغير فلا يصدق عليه فلو دفعها ضمن (ولو قال : مات المودع وتركها ميراثا له وصدقه أمر بالدفع إليه) لأنه لما صدقه على الموت فقد انتقل ماله إلى وارثه ، فاذا صدقه أنه الوارث لاوارث له غيره تعين مالكا فيؤمر بالدفع إليه (ولو ادّعى الشراء من المودع وصدقه لم يدفعها إليه) لأنه مهما كان حيا فملكه باق فلا يصدقان عليه فى انتقاله بالبيع ولا بغيره .

كتاب الكفالة

(وهى) فى اللغة : الضمّ ، قال تعالى - وكفلها زكريا - أى ضمها إلى نفسه ، وقال صلى الله عليه وسلم « أنا وكافل اليتيم كهاتين فى الجنة » أى الذى يضمه إليه فى التربية ، ويسمى النصيب كفلا لأن صاحبه يضمه إليه . وفى الشرع (ضمّ ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل فى المطالبة) هو الصحيح ، ولهذا يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل لعدم بقاء المطالبة ، ولا يبرأ الأصيل ببراءة الكفيل لبقاء الدين فى ذمته ، وهى عقد وثيقة وغرامة شرعت لدفع الحاجة ، وهو وصول المكفول له إلى إحياء حقه ، وأكثر ما يكون أوّلها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها غرامة دلّ على شرعيتها قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » أى الكفيل ضامن ، وبعث النبىّ صلى الله عليه وسلم والناس يتكفلون فأقرّهم عليه ، وعليه الناس من لدن الصدر الأوّل إلى يومنا هذا من غير نكير . وركنها قول الكفيل : كفلت لك بمالك على فلان ، وقول المكفول له : قبلت . وقال أبو يوسف : القبول ليس بشرط بناء على أنها التزام مطالبة للحال لاغير . وعندهما المطالبة للحال وإيجاب الملك فى المؤدّى عند الأداء على ما يأتى فى أثناء المسائل ، وشرطها : كون المكفول به مضمونا على الأصيل مقدور التسليم للكفيل ليصحّ الالتزام بالمطالبة ويفيد فائدتها ، وأن يكون الدين صحيحا حتى لاتصحّ الكفالة ببدل الكتابة ، لأن المولى لايستوجب على عبده شيئا ، وإنما وجب ضرورة صحة الكتابة نظرا للعبد ليتوصل به إلى العتق . وحكمها : صيرورة ذمة الكفيل مضمومة إلى ذمة

وَلا تَصِحُّ إلاَّ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ ، وَتَجُوزُ بالنَّفْسِ وَالمَالِ ، وَتَنْعَقِدُ بالنَّفْسِ بِقَوْلِهِ : تَكَفَّلْتُ بِنَفْسِهِ أوْ بِرَقَبَتِهِ ، وَبِكُلِّ عُضْوٍ يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ البَدَنِ ، وَبِالجُزْءِ الشَّائِعِ كَالخُمُسِ وَالعُشْرِ ، وَبِقَوْلِهِ : ضَمِنْتُهُ ، وَبِقَوْلِهِ : عَلَيَّ ، وَإلَيَّ ، وَأنا زَعِيمٌ ، أوْ قَبِيلٌ ، وَالوَاجِبُ إحْضَارُهُ وَتَسْلِيمُهُ فى مَكَانٍ يَقْدِرُ عَلَى مُحَاكَمَتِهِ ، فاذَا فَعَلَ ذلِكَ بَرِئَ ، وَلَوْ سَلَّمَهُ فى مِصْرٍ آخَرَ بَرِئَ ، فانْ شَرَطَ تَسْلِيمَهُ فى وَقْتٍ مُعَيَّنٍ لَزِمَهُ إحْضَارُهُ فِيهِ إذَا طَلَبَهُ مِنْهُ ، فانْ أحْضَرَهُ وَإلاَّ حَبَسَهُ الحَاكِمُ ،

الأصيل فى حقّ المطالبة دون أصل الدين لما مرّ ، ولا يلزم من لزوم المطالبة على الكفيل وجوب الدين عليه ، ألا ترى أن الوكيل مطالب بالثمن وهو على الموكل حتى لو أبرأ البائع الموكل عن الثمن جاز وسقطت المطالبة عن الوكيل . قال (ولا تصحّ إلا ممن يملك التبرّع) لأنه التزام بغير عوض فكان تبرّعا (وتجوز بالنفس والمال) لما روينا وذكرنا من الحاجه والإجماع ولأنه قادر على التسلم . أما المال فلولايته على مال نفسه . وأما النفس بأن يعلم الطالب بمكانه ويخلى بينهما وبأعوان السلطان والقاضى فيصحّ دفعا للحاجة . قال (وتنعقد بالنفس بقوله تكفلت بنفسه أو برقبته وبكلّ عضو يعبر به عن البدن) لأنه صريح بالكفالة بالنفس (وبالجزء الشائع كالخمس والعشر) لأن النفس لاتتجزى ، فذكر البعض ذكر الكلّ (وبقوله ضمنته) لأنه معنى الكفالة (وبقوله : عليّ ، وإليّ) لأنهما بمعنى الإيجاب ، قال عليه الصلاة والسلام « من ترك كلا أو عيالا فالىّ » أى عليّ « ومات رجل وعليه ديناران فامتنع النبيّ صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه ، فقال عليّ رضى الله عنه : هما عليّ ، فصلى عليه » (و) بقوله (أنا زعيم) للنصّ (أو قبيل) لأنه بمعنى الكفيل لغة وعرفا ، وكذا قوله : أنا ضمين ، أو لك عندى هذا الرجل ، أو عليّ أن أوفيك به ، أو أن ألقاك به ، لأن ذلك يؤدّى معنى الكفالة . قال (والواجب إحضاره وتسليمه فى مكان يقدر على محاكمته) ليفيد تسليمه (فاذا فعل ذلك برئ) لأنه أتى بما التزمه وحصل مقصود المكفول له ؛ ولو سلمه فى برّية لايبرأ لعدم الفائدة فانه لايقدر على محاكمته ، وكذلك فى السواد لأنه لاحاكم بها ؛ ولو سلمه فى المصر أو فى السوق برئ لقدرته عليه بأعوان القاضى والمسلمين ؛ وقيل لايبرأ فى زماننا لمعاونتهم على منعه منه عادة (ولو سلمه فى مصر آخر برئ) لقدرته على مخاصمته فيه ، وقال : لايبرأ لأن شهوده قد لايكونون فيه ، قلنا : وقد يكونون فيه . قال (فان شرط تسليمه فى وقت معين لزمه إحضاره فيه إذا طلبه منه) إلزاما له بما التزم (فان أحضره وإلا حبسه الحاكم) لأنه صار ظالما بمنعه الحقّ ، وقيل لايحبس أوّل مرّة لأنه ماظهر ظلمه ؛ و هذا إذا كان المكفول به حاضرا ؛

فاذَا مَضَتِ المُدَّةُ ولَمْ يُحْضِرْهُ حَبَسَهُ ، وَإِذَا حَبَسَهُ وَثَبَتَ عِنْدَ القاضِي عَجزُهُ عَنْ إحْضَارِهِ خَلَّى سَبِيلَهُ ، وَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ مَكانَهُ لايُطَالَبُ بِهِ ، وَتَبْطُلُ بِمَوْتِ الكَفِيلِ وَالمَكْفُولِ بِهِ دُونَ المَكْفُولِ لَهُ ؛ وَإِنْ تَكَفَّلَ بِهِ إلى شَهْرٍ فَسَلَّمَهُ قَبْلَ الشَّهْرِ بَرأ ، وَإِنْ قالَ : إنْ لَمْ أُوفِّكَ بِهِ فَعَلَيَّ الأَلْفُ الَّتِي عَلَيْهِ فَلَمْ يُوفِ بِهِ ، فَعَلَيْهِ الأَلْفُ وَالكَفَالَةُ بَاقِيَةٌ ؛ وَالكَفَالَةُ بِالمَالِ جائِزَةٌ إذَا كانَ دَيْنًا صَحِيحًا حَتَّى لاتَصِحُّ بِبَدَلِ الكِتَابَةِ وَالسِّعَايَةِ وَالأَمانَاتِ وَالحُدُودِ وَالقِصَاصِ ،

فلو كان غائبا أمهله الحاكم مدّة ذهابه وإيابه (فاذا مضت المدّة ولم يحضره حبسه) لامتناعه من إيفاء الحقّ (وإذا حبسه وثبت عند القاضى عجزه عن إحضاره خلى سبيله) ويسلمه إلى الذى حبسه ، وإن شاء لازمه إلا أن يكون فى ملازمته تفويت قوته وقوت عياله فيأخذ منه كفيلا بنفسه ويخليه (وإذا لم يعلم مكانه لايطالب به) لعجزه عن إحضاره فصار كالموت ، إلا أن فى الموت تبطل الكفالة أصلا للتيقن بالعجز ، وهنا لا لاحتمال القدرة بالعلم بمكانه ، ولو ارتدّ المكفول به ولحق بدار الحرب إن علم القاضى أنه يمكنه دخول دار الحرب وإحضاره فهو كالغيبة المعلومة ، وإن كان لايمكنه فكالغيبة المجهولة ، ولا تبطل الكفالة لأنه مطالب بالتوبة والرجوع ممكن ، فيمكن الكفيل إحضاره بعد ردّته كالغيبة المجهولة . قال (وتبطل بموت الكفيل والمكفول به دون المكفول له) أما الكفيل فلعجزه ، والورثة لم يتكفلوه وإنما يخلفونه فيما له لافيما عليه . وأما المكفول به فلما مرّ ، بخلاف المكفول له ، لأن الكفيل غير عاجز والورثة يخلفون المكفول له فى المطالبة لأنه حقه ، قال صلى الله عليه وسلم « من ترك مالا أو حقا فلورثته » قال (وإن تكفل به إلى شهر فسلمه قبل الشهر برأ) لتعجيل الدين المؤجل وهذا لأن التأجيل حقه فله إسقاطه . قال (وإن قال : إن لم أوفك به فعلىّ الألف التى عليه فلم يوف به فعليه الألف) لصحة التعليق ووجود الشرط (والكفالة باقية) لأنه لامنافاة بين الكفالتين ، ولاحتمال أن يكون عليه حقّ آخر غير الألف ؛ ولو قال الطالب : لاحقّ لى قبل المكفول به فعلى الكفيل تسليمه لاحتمال أنه وصىّ أو وكيل ، ولو أخذ منه كفيلا آخر لم يبرأ الأوّل لعدم المنافاة ، وإذا سلمه الكفيل إليه برأ ، وإن لم يقبله الطالب كايفاء الدين ، وكذا إذا سلمه وكيله أو رسوله لقيامهما مقامه ، وكذا إذا سلم المكفول به نفسه عن كفالته لأن الحقّ عليه وهو مطالب بالخصومة فله الدفع عنه كالمكفول بالمال . قال (والكفالة بالمال جائزة إذا كان دينا صحيحا حتى لاتصحّ ببدل الكتابة والسعاية والأمانات والحدود والقصاص) لما بيناه فى أوّل الكتاب ، وسواء

وَإِذَا صَحَّتِ الكَفَالَةُ فَالمَكْفُولُ لَهُ إِنْ شَاءَ طَالَبَ الكَفِيلَ وَإِنْ شَاءَ طَالَبَ الأَصِيلَ وَلَوْ شَرَطَ عَدَمَ مُطَالَبَةِ الأَصِيلِ فَهِيَ حَوَالَةٌ كَمَا إِذَا شَرَطَ فِي الحَوَالَةِ مُطَالَبَةَ المُحِيلِ تَكُونُ كَفَالَةً ، وَتَجُوزُ بِأَمْرِ المَكْفُولِ عَنْهُ وَبِغَيْرِ أَمْرِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ بِأَمْرِهِ فَأَدَّى رَجَعَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَتْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ وَإِذَا طُولِبَ الكَفِيلُ وَلُوزِمَ طَالَبَ المَكْفُولَ عَنْهُ وَلَازَمَهُ ، وَإِنْ أَدَّى الأَصِيلُ أَوْ أَبْرَأَهُ رَبُّ الدَّيْنِ بَرِأَ الكَفِيلُ ، وَإِنْ أُبْرِئَ الكَفِيلُ لَمْ يَبْرَأِ الأَصِيلُ ، وَإِنْ أُخِّرَ عَنِ الأَصِيلِ تَأَخَّرَ عَنِ الكَفِيلِ وَبِالعَكْسِ لَا ؛ وَإِنْ قَالَ الطَّالِبُ لِلْكَفِيلِ بَرِئْتَ إِلَيَّ مِنَ المَالِ رَجَعَ بِهِ عَلَى الأَصِيلِ ،

كان المكفول به معلوما أو مجهولا كقوله : تكفلت بمالك عليه ، أو بما يدركك ، لأن مبناها على التوسع فتحتمل فيها هذه الجهالة اليسيرة (وإذا صحت الكفالة فالمكفول له ، إن شاء طالب الكفيل ، وإن شاء طالب الأصيل) لما بينا من الضم ، وله مطالبتهما جمعا وتفريقا ليتحقق معنى الضمّ ، بخلاف الغصب إذا اختار المالك تضمين أحد الغاصبين ليس له مطالبة الآخر ، لأنه لما اختار تضمينه فقد ملكه العين ، فليس له أن يملكها للآخر . قال (ولو شرط عدم مطالبة الأصيل فهى حوالة) لوجود معناها (كما إذا شرط فى الحوالة مطالبة المحيل تكون كفالة) لوجود معنى الكفالة والعبرة للمعانى . قال (وتجوز بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لأنه إلزام على نفسه ليس على غيره فيه ضرر (فان كانت بأمره فأدّى رجع عليه) لأنه قضى دينه بأمره (وإن كانت بغير أمره لم يرجع عليه) لأنه متبرّع . قال (وإذا طولب الكفيل ولوزم طالب المكفول عنه ولازمه) ويقول له أدّ إليه ، ولا يقول له أدّ إلىّ ، وكذا يحبسه إذا حبسه ، لأن ما لحقه بسببه فيأخذه بمثله ، وليس له مطالبته قبل ذلك ، لأنه ما لزمه بسببه شيء . قال (وإن أدّى الأصيل أو أبرأه ربّ الدين برأ الكفيل) لأنه تبع ولأن الكفالة بالدين ولا دين محال (وإن أبرئ الكفيل لم يبرإ الأصيل) لأن الدين على الأصيل ، وبقاؤه عليه بدون مطالبة الكفيل جائز (وإن أخر عن الأصيل تأخر عن الكفيل وبالعكس لا) لأنه إبراء مؤقت فيعتبر بالإبراء المطلق ؛ فان صالح الكفيل ربّ الدين من الألف على خمسمائة برئ هو والأصيل ، لأنه لما أضافه إلى الدين وهو على الأصيل برئ الأصيل فيبرأ الكفيل ، ثم يرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره ، ولو صالح بخلاف جنس الدين رجع بجميع الألف لأنه مبادلة ، ولو صالحه عما استوجب بالكفالة لايبرأ الأصيل ، لأنه إبراء له عن المطالبة . قال (وإن قال الطالب للكفيل برئت إلىّ من المال رجع به على الأصيل) لأنه أضاف البراءة إلى فعل المطلوب ولا يملك

وَإِنْ قالَ : أَبْرَأْتُكَ لَمْ يَرْجِعْ ، وَلا يَصِحُّ تَعْلِيقُ الْبَرَاءَةِ مِنْها بِشَرْطٍ ، وَتَصِحُّ الْكَفالَةُ بالأعْيانِ الْمَضْمُونَةِ بِنَفْسِها كالمَقْبُوضِ عَلَى سَوْمِ الشِّرَاءِ وَالمَغْصُوبِ وَالمَبِيعِ فاسِداً ؛ وَلاتَصِحُّ بالمَضْمُونَةِ بِغَيْرِها كالمَبِيعِ وَالمَرْهُونِ وَلا تَصِحُّ إلاَّ بِقَبُولِ المَكْفُولِ لَهُ (ف) فى المَجْلِسِ (س) إلاَّ إذَا قالَ المريضُ لِوَارِثِهِ : تَكَفَّلْ بِمَا عَلَيَّ مِنْ الدَّيْنِ ، فَتَكَفَّلَ وَالغَرِيمُ غائِبٌ فَيَصِحُّ ، وَلَوْ قالَ لِأَجْنَبِيٍّ فِيهِ اخْتِلافُ المَشايِخِ ؛ وَلاتَصِحُّ الكَفالَةُ عَنِ المَيِّتِ (سم) المُفْلِسِ (ف) ؛

ذلك إلا بالأداء فيرجع (وإن قال : أبرأتك لم يرجع) لأنه إسقاط حتى لاتعلق له بغيره ؛ ولو قال : برئت رجع عند أبي يوسف ، لأنها براءة ابتداؤها من المطلوب وذلك بالإيفاء . وقال محمد : لايرجع لأنه يحتمل الوجهين فلا يرجع بالشك ، وهذا كله إذا غاب الطالب أما إذا كان حاضرا يرجع إليه لأنه هو المجمل . قال (ولا يصح تعليق البراءة منها بشرط) كما فى سائر البراءات ؛ وقيل يجوز لأن الكفيل إنما عليه المطالبة ولهذا لايرتد إبراؤه بالرد ، بخلاف سائر الإبراءات فانها تمليك فلا تصح مع التعليق . وبخلاف براءة الأصيل لأنها تمليك حتى ترتد با لرد . قال (وتصح الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها كالمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والمبيع فاسدا) لأنه يجب تسليم عينه حال بقائه ، وقيمته حال هلاكه ، فكان مقدور التسليم فيصح (ولا تصح بالمضمونة بغيرها كالمبيع والمرهون) لأنه لو هلك لايجب شىء بل ينفسخ البيع ويسقط الدين فلهذا لايصح ، وقيل يصح وهو الأصح ، وتبطل بالهلاك للقدرة قبل الهلاك والعجز بعده . قال (ولا تصح إلا بقبول المكفول له فى المجلس) وعن أبي يوسف روايتان : فى رواية : يتوقف على إجازته كسائر تصرفات الفضولى . وفى رواية : يجوز مطلقا لأنه التزام لاضرر فيه على الطالب فيستبد الكفيل به ، وفيه نفع للطالب لانضمام ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل فى المطالبة . ولهما أنه تمليك المطالبة فيشترط فيه القبول فى المجلس كما فى سائر التمليكات . قال (إلا إذا قال المريض لوارثه تكفل بما علي من الدين ، فتكفل والغريم غائب فيصح) ثم قيل هو وصية حتى لاتصح إذا لم يكن له مال ، وقيل تصح لحاجته إلى إبراء ذمته فقام مقام الطالب ، وفيه نفع للطالب . (ولو قال) ذلك (لأجنبي فيه اختلاف المشايخ) قال (ولا تصح الكفالة عن الميت المفلس) وقالا : تصح لأنه دين ثابت وجب للطالب ولم يسقطه فلا يسقط بالموت . ألا ترى أنه لو كان له مال أو كان كفيلا به لايسقط ؟ وكذا لو تبرع إنسان به صح ، ولو سقط بالموت لما ثبتت هذه الأحكام . وله أنه يسقط بموته لأنه عبارة عن المطالبة وهى فعل ، ولهذا

وَيَجُوزُ تَعْلِيقُ الكَفَالَةِ بِشَرْطٍ مُلائِمٍ كَشَرْطِ وُجُوبِ الحَقِّ ، وَهُوَ قَوْلُهُ : ما بايَعْتَ فُلانا فَعَلَيَّ ، أوْ ما ذابَ لكَ عَلَيْهِ فَعَلَيَّ أوْ ما غَصَبَكَ فَعَلَيَّ ، أوْ بِشَرْطِ إمْكانِ الاسْتِيفاءِ ، كَقَوْلِهِ : إنْ قَدِمَ فُلانٌ فَعَلَيَّ وَهُوَ مَكْفُولٌ عَنْهُ ، أوْ بِشَرْطِ تَعَذُّرِ الاسْتِيفاءِ كَقَوْلِهِ : إنْ غابَ فَعَلَيَّ ، وَلا يَجُوزُ بِمُجَرَّدِ الشَّرْطِ كَقَوْلِهِ : إنْ هَبَّتِ الرِيحُ أوْ جاءَ المَطَرُ ، فَلَوْ جَعَلَهُما أجَلاً بأنْ قالَ : كَفَلْتُهُ إلى مَجِيءِ المَطَرِ أوْ إلى هُبُوبِ الرِّيحِ لايَصِحّ ، وَيَجِبُ المَالُ حالاً ، فانْ قالَ : تَكَفَّلْتُ بِمَا لَكَ عَلَيْهِ فَقامَتِ البَيِّنَةُ بِشَيْءٍ لَزِمَهُ ، وَإنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ فالقَوْلُ قَوْلُ الكَفِيلِ ، وَلا يُسْمَعُ قَوْلُ الأصيلِ عَلَيْهِ ؛ وَلا تَصِحُّ الكَفالَةُ بالحَمْلِ عَلى دابَّةٍ بِعَيْنِها ، وَتَصِحُّ بِغَيْرِ عَيْنِها .

توصف بالوجوب ، إلا أنه يئول إلى المال وقد عجز بنفسه وخلفه فيسقط ضرورة فوات عاقبة الاستيفاء . أما إذا كان له مال أو به كفيل فهو قادر بخلفه ، ولأنه يفضى إلى الأداء فلا تفوت العاقبة ، والتبرع لايعتمد بقاء الدين . قال (ويجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحقّ ، وهو قوله : ما بايعت فلانا فعلىّ ، أو ما ذاب لك عليه فعلىّ ، أو ما غصبك فعلىّ ، أو بشرط إمكان الاستيفاء كقوله : إن قدم فلان فعلى وهو مكفول عنه ، أو بشرط تعذّر الاستيفاء كقوله : إن غاب فعلىّ) والأصل فيه قوله تعالى - ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم - والإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ، وأنه فى معنى ما ذكرنا من الشروط (ولا يجوز بمجرّد الشرط كقوله : إن هبت الريح أو جاء المطر) لأنها جهالة فاحشة (فلو جعلهما أجلا بأن قال : كفلته إلى مجىء المطر أو إلى هبوب الريح لايصحّ) الأجل (ويجب المال حالا) لأن الكفالة لاتبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح والطلاق ؛ وشرط الخيار فى الكفالة جائز ، وهى أقبل للخيار من البيع حتى يقبل الخيار أكثر من ثلاثة أيام ، لأنه لما صحّ تعليقه بالشرط فلأن يصحّ بشرط الخيار فيه أولى ؛ فلو أقرّ بكفالة موجلة لزمته الكفالة ، ولايصدّق فى الأجل إلا بتصديق الطالب كما فى الإقرار بالدين. قال (فان قال : تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بشىء لزمه) لأن الثابت بالبينة كالمعاين حكما (وإن لم تكن له بينة فالقول قول الكفيل) لأنه ينكر الزيادة (ولا يسمع قول الأصيل عليه) لأنه إقرار على الغير ويلزمه فى حقّ نفسه لما عرف . قال (ولا تصح الكفالة بالحمل على دابة بعينها ، وتصحّ بغير عينها) لأنه مقدور له على أىّ دابة شاء ،

عَلَيهِما دَيْنٌ ، وَكُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُما كَفِيلٌ عَنِ الآخَرِ ، فَمَا أَدَّاهُ أَحَدُهُما لَمْ يَرْجِعْ عَلَى صَاحِبِهِ حَتَّى يَزِيدَ عَلَى النِّصْفِ فَيَرْجِعُ بالزِّيادَةِ ، فانْ تَكَفَّلا عَنْ رَجُلٍ وَكُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُما كَفِيلٌ عَنِ الآخَرِ ، فَمَا أَدَّاهُ أَحَدُهُما رَجَعَ بِنِصْفِهِ عَلَى الآخَرِ ، وَإِنْ ضَمِنَ عَنْ رَجُلٍ خَرَاجَهُ وَقِسْمَتَهُ وَنَوَائِبَهُ جازَ إِنْ كانَتِ النَّوَائِبُ بِحَقٍّ ، كَكَرْيِ النَّهْرِ ، وأُجْرَةِ الحارِسِ ، وتَجْهِيزِ الجَيْشِ وَفِدَاءِ الأسارَى ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بِحَقٍّ كالجِبايَاتِ ، قالُوا : تَصِحُّ فى زَمانِنا .

بخلاف المعينة ، لأنها لو ماتت عجز عن ذلك ، وكذا لو تكفل بخدمة عبد بعينه أو بخياطة خياط بيده ، لأن فعله لايقوم مقام فعل غيره ، فان تكفل بتسليم العبد أو الخياط أو بفعل الخياطة جاز لأنه مقدور له ، فان المستحقّ مطلق الخياطة ، فأىّ خياطة وجدت حصل المكفول به ؛ ولو ضمن لامرأة عن زوجها بنفقة كل شهر جاز ، وليس له الرجوع عن الضمان فى رأس الشهر ؛ ولو ضمن أجرة كلّ شهر فى الإجارة فله أن يرجع فى رأس الشهر ، والفرق أن السبب فى النفقة لم يتجدّد عن رأس الشهر بل تجب فى الشهر كلها بسبب واحد ، وسبب الأجرة فى الإجارة يتجدّد فى كل شهر لتجدّد العقد ، فله أن يرجع عن الكفالة المستقبلة . قال (عليهما دين ، وكل واحد منهما كفيل عن الآخر ، فما أدّاه أحدهما لم يرجع على صاحبه حتى يزيد على النصف فيرجع بالزيادة) لأنه أصيل فى النصف كفيل فى النصف ، والكفالة تبع فتقع عن الأصيل إذ هو الأولى والأهمّ ، ثم ما يؤدّيه بعد ذلك فهو عن الكفالة لتعينها فيرجع به لما مرّ . قال (فان تكفلا عن رجل وكل واحد منهما كفيل عن الآخر ، فما أدّاه أحدهما رجع بنصفه على الآخر) لأن ما يلزم كلّ واحد منهما إنما لزمه بالكفالة لأنه كفل عن شريكه بالجميع وعن الأصيل بالجميع ، فما أدّاه أحدهما وقع شائعا عنهما لعدم الأولوية ، إذ الكلّ كفالة ، بخلاف المسألة الأولى ثم يرجعان على الأصيل ، لأنهما أدّيا عنه بأمره أحدهما بنفسه والآخر بنائبه . قال (وإن ضمن عن رجل خراجه وقسمته ونوائبه جاز إن كانت النوائب بحقّ ، ككرى النهر ، وأجرة الحارس ، وتجهيز الجيش ، وفداء الأسارى) أما الخراج فلأنه دين مطالب به يمكن استيفاؤه فيصحّ : وأما ما ذكر من النوائب فقد صارت كالدين . وأما القسمة فهى حصة من النوائب التى صارت معلومة لهم موظفة عليهم كالديون ، وباقى النوائب ما ليس بمعلوم (وإن لم تكن بحقّ كالجبايات فالوا : تصحّ فى زماننا) لأنها صارت كالديون حتى قالوا : لو أخذ من المزارع جبرا له أن يرجع على المالك . والكفالة بالدرك جائزة ،

. . . .

وهو التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع ، لأن المقصود تأكيد أحكام البيع وتقريرها ، ولو استحقّ المبيع لم يؤخذ الكفيل حتى يقضى على البائع ، لأن البيع لاينتقض إلا بالقضاء، فلعلّ المستحقّ يجيزه فلا يلزم البائع نقد الثمن فلا يجب على الكفيل ، ولو قضى على المشترى بالاستحقاق فهو قضاء على البائع لأنه خصم عنه ، فيؤخذ الكفيل ؛ والضمان بالعهدة باطل ، لأن العهدة تحتمل الدرك وغيره فكان مجهولا . أما الدرك فيستعمل فى ضمان الاستحقاق . وعن أبى يوسف أن العهدة كالدرك ، لأنه ترجح استعمالها فى ضمان الدرك عادة وعرفا .

تمّ الجزء الثانى من « الاختيار لتعليل المختار »

ويليـــه :

الجزء الثالث ، وأوّله : كتاب الحوالة

فهرس

الجزء الثانى من الاختيار لتعليل المختار

صحيفة

٢ كتاب البيوع
٤ ما ينعقد به البيع
ركنه وشرطه وثمرته
٦ شروط صحة البيع
٨ بيع المبيع قبل قبضه
١١ فصل فى الإقالة وأحكامها
١٢ باب الخيارات
١٣ من له الخيار ومن لاخيار له
خيار الشرط وأحكامه
١٥ ما يسقط به خيار الشرط
خيار الرؤية وأحكامه
١٦ ما يسقط خيار الرؤية
١٧ بيع الفضولى وسائر تصرّفاته
١٨ فصل فى أن مطلق البيع يقتضى سلامة المبيع
خيار العيب وأحكامه
٢١ فصل فى التلجئة وأنواعها
٢٢ باب البيع الفاسد وأحكامه
٢٨ باب التولية ، والمرابحة ، والوضيعة
٣٠ باب الربا
أنواع الربا ، وعلة حرمة كلّ نوع منها
٣٣ باب السلم
٣٤ بيان مايصحّ السلم فيه وما لايصحّ

صحيفة

٣٨ فصل إذا استصنع شيئا جاز استحسانا
٣٩ باب الصرف
٤٢ كتاب الشفعة
ماتكون فيه الشفعة
٤٣ متى تجب الشفعة ، ومتى تستقرّ ، ومتى تملك ؟
٤٧ فصل فيما يبطل الشفعة
٥٠ كتاب الإجارة
٥٣ فصل فى أنواع الأجراء وحكم الأجير المشترك
٥٤ الأجير الخاصّ وأحكامه
٥٥ فصل فيما تستحقّ به الأجرة
٥٧ فصل فى بيان مايجب إذا فسدت الإجارة
٦١ فصل فيما تنفسخ به الإجارة
٦٢ كتاب الرهن
٦٧ فصل فى صحة رهن الدراهم والدنانير
٦٩ فصل فى حكم الرهن إذا باعه الراهن
٧٢ فصل فى أن جناية الراهن على الرهن مضمونة
كتاب القسمة
٧٥ فصل إذا طلب أحد الشركاء القسمة وكل منهم ينتفع بنصيبه قسم بينهم
٧٨ فصل فيما ينبغى أن يفعله القاسم

صحيفة

٧٩ فصل فى أن المهايأة جائزة استحسانا
٨١ كتاب أدب القاضى
٨٢ من يولى القضاء ؟
٨٤ يجوز قضاء المرأة فيما تقبل فيه شهادتها
ماينبغى للقاضى أن يفعله بعد توليته
٨٧ فصل وإذا رفع إليه قضاء قاض أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة المشهورة أو الإجماع
٨٩ الدليل على وجوب حبس من عليه الدين ، ومتى يجوز
٩١ فصل يقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى كلّ حقّ لايسقط بالشبهة
٩٢ فصل فيما يجوز فيه التحكيم وما لايجوز فيه
٩٤ كتاب الحجر وأسبابه
١٠٠ كتاب المأذون له فى التجارات
١٠٤ كتاب الإكراه
١٠٩ كتاب الدعوى
١١٠ شروط الدعوى وحكمها
١١٢ ما لايستحلف عليه وما يستحلف عليه
١١٣ متى يثبت نكول المدّعى عليه عن اليمين
١١٦ فصل فى أن بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد على مطلق الملك

صحيفة

١١٩ فصل إذا اختلفا فى الثمن أو المبيع فأيهما أقام البينة فهو أولى
١٢٤ فصل فى دعوى النسب
١٢٦ فصل فى حكم قولين متناقضين صدرا من المدّعى عند الحاكم
١٢٧ كتاب الإقرار
١٣٢ فصل فى حكم الاستثناء فى الإقرار
١٣٦ فصل فى ديون الصحة ، وما لزمه فى مرضه بسبب معروف مقدّم على ما أقرّ به فى مرضه
١٣٩ كتاب الشهادات
١٤٣ فصل يجوز أن يشهد بكلّ ما سمعه أو أبصره من الحقوق والعقود
١٤٦ فصل فى أن كلّ من ردّت شهادته لمانع ثم زال فأدّاها قبلت
١٥٠ فصل فى أن الجرح مقدّم على التعديل
فصل فى جواز الشهادة على الشهادة فيما لايسقط بالشبهة
١٥٣ باب الرجوع عن الشهادة وما يترتب عليه
١٥٦ كتاب الوكالة
١٥٩ فصل فى أن الجهالة ثلاثة أنواع
١٦٠ ما يضيفه الوكيل إلى نفسه وإلى الموكل ، ومتى ترجع الحقوق إلى الوكيل ، ومتى ترجع إلى الموكل
١٦٦ كتاب الكفالة وأنواعها